

# InDret

## *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*

*En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad  
civil médico-sanitaria*

**Álvaro Luna Yerga**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 165  
Barcelona, octubre de 2003  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

### *Abstract*

*En el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria es un lugar común la afirmación de la complejidad que conlleva el tratamiento de la carga de la prueba. En los procesos de responsabilidad civil y, en particular, en los de responsabilidad civil médico-sanitaria interesa determinar quién debe probar la culpa médica y, a un tiempo, a quién perjudicará la falta de su acreditación. La entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que ha derogado las disposiciones del Código Civil referentes a la prueba en el proceso civil y ha introducido en la regulación legal los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria han despertado un nuevo interés por el estudio de la cuestión.*

### *Sumario*

1. **El principio de aportación indiferenciada de los hechos al proceso**
2. **La carga de la prueba: carga de la producción y carga de la persuasión**
3. **La carga de la prueba en el ordenamiento jurídico español: carácter y funciones**
4. **La carga de la prueba en la LEC**
  - 4.1. **El art. 217 LEC**
  - 4.2. **Criterios correctores de la rigidez de la carga de la prueba: los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria. Su conexión con el art. 433.2 LEC**
  - 4.3. **La carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: ¿se aplica uniformemente el art. 217 LEC?**
  - 4.4. **La distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria y su irrelevancia**
  - 4.5. **Tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba**
5. **Las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y sus efectos en el proceso de responsabilidad civil médico-sanitaria**
6. **Tabla de sentencias citadas**
7. **Bibliografía**

## ***1. El principio de aportación indiferenciada de los hechos al proceso***

En todo proceso, la prueba se apoya en una serie de hechos que no están a disposición de los Jueces y Tribunales, sino a la de terceros o las propias partes, que son las encargadas de aportarlos al proceso. Conforme al principio de adquisición procesal o comunidad de pruebas formulado por CALAMANDREI, en que se basa el principio de aportación indiferenciada, una vez que el medio de convicción del juzgador, es decir, los hechos que constituyen la prueba, son aportados al proceso, dejan de pertenecer al sujeto que los aporta para formar parte del proceso mismo, con independencia de la persona a la que pueda beneficiar o perjudicar su valoración. En virtud de este principio, cuando la persona o la cosa que hace de prueba es introducida en el proceso, la potestad del Juez de someterla a inspección o de extraer de ella elementos para su convencimiento no está subordinada a iniciativa alguna de parte, de tal modo que la prueba puede aprovechar incluso a la parte contraria (CARNELUTTI, 1989). La parte que aporta un hecho al proceso no lo hace en beneficio exclusivo suyo, sino que éste pasa a formar parte del proceso y puede aprovechar también a la contraparte: la revelación de información, por tanto, implica la pérdida de exclusividad.

En el caso resuelto por la STS, 1ª, 12.1.2001 (Ar. 3), que condenó a un cirujano por la lesión permanente del nervio recurrente de una paciente por incumplimiento del deber de información, el cirujano, en su confesión, calificó como inherente a toda intervención en el cuello el riesgo de afectación del nervio recurrente pese a que antes de la intervención había dicho a la paciente que la operación no tenía importancia y que no debía preocuparse puesto que no corría ningún peligro. Por su parte, en el caso resuelto por la STS, 1ª, 22.2.1991 (Ar. 1587), que condenó a un odontólogo a indemnizar a una paciente a la que hubo de serle extraído un canino a consecuencia de haber quedado en su interior un trozo de lima, de unos 2 mm de longitud, utilizada en un tratamiento de endodoncia, de las tres posibles causas de su rotura, dos fueron aportadas a los autos por el demandado.

## ***2. La carga de la prueba: carga de la producción y carga de la persuasión***

Cuando en relación con los hechos aportados al proceso se hace referencia a carga de la prueba, se hace mención a dos aspectos separables. Para poder adoptar una decisión fundada el Juez o Tribunal ha de adquirir un cierto grado de convicción acerca del acaecimiento de una determinada circunstancia o de la existencia de un determinado hecho, pero para ello es necesario que alguna de las partes le haya proporcionado los elementos probatorios que le permitan alcanzar ese grado de convicción. Las reglas sobre carga de la prueba comprenden la determinación del grado de convicción que requiere el juzgador para satisfacer las diferentes pretensiones de las partes, por un lado, y la determinación de cuál de las partes ha de aportar al proceso las pruebas que permitan al Juez o Tribunal alcanzar el umbral de convicción que, en cada caso, se determine, por el otro.

Se dice así que la primera es la carga de persuadir al juzgador de que un hecho alegado es verdadero, y la segunda, la de aportar al proceso de manera satisfactoria la prueba sobre ese hecho particular en estudio. En el *Common Law*, bajo el término genérico de carga de la prueba (*Burden of Proof*) se analizan independientemente estos dos aspectos. De este modo, para referirse al primero se habla de *burden of persuasion*, *legal burden*, *risk of non-persuasion*, *probative burden*, y de *burden of production*, *production burden* o *evidential burden* para referirse al segundo. THAYER (1890) puso de manifiesto los dos significados de carga de la prueba y distinguió entre *duty of bringing forward evidence* y *burden of persuasion of a jury*.

En el *Common Law*, en que un gran número de procesos civiles se sustancian en juicios con Jurado, la distinción entre carga de la producción y carga de la persuasión se observa con claridad: el Juez debe determinar si se ha producido la suficiente cantidad de prueba, en cuyo caso permitirá que el Jurado la valore, o no, en cuyo caso emitirá un *directed verdict* y excluirá dicha prueba de valoración por el Jurado. Por tanto, ambas cargas son examinadas, con carácter general, en momentos y por juzgadores distintos (TAPPER, 1995, pág. 123).

De este modo, si se dijera de un asunto que no está cubierto por la carga de la producción, el único efecto sería el de eliminar el poder de filtro del Juez con respecto a ese asunto. Sin embargo, en determinados procesos no interviene un Jurado y, por tanto, el Juez actúa como juzgador de hechos y de derecho. En tales casos, el Juez ha de aplicar las mismas guías y tests que debería seguir en caso de que el asunto hubiera de ser decidido por un Jurado, pero la distinción entre ambas cargas se diluye, dado que la función de filtro es difícilmente observable cuando es una misma persona la que debe decidir si las cargas de producción y persuasión han sido satisfechas (JAMES, 1961, pág. 51).

## 1. Carga de la persuasión

Carga de la prueba, a menudo significa lo que WIGMORE (1940) llamó riesgo de no persuasión (*Risk of Non-Persuasion*). Siempre que la cuestión de la existencia o inexistencia de un hecho deba ser decidida por una persona, cabe la posibilidad de que al final de sus deliberaciones albergue dudas sobre la cuestión que ha sido sometida a su juicio. Por este motivo, el sistema jurídico debe ofrecer una regla de decisión que indique al juzgador cuál deba ser el sentido de su decisión en estos supuestos. En el *Common Law* los Tribunales han formulado diferentes tests que pretenden indicar la fuerza de convicción de la prueba requerida para que el juzgador declare satisfecha la carga de la persuasión. Así, estos tests indican al Juez o al Jurado, en función del tipo de casos o problemas en estudio, el grado de persuasión necesario para estimar o rechazar la pretensión de una parte cuando existen dudas acerca de los hechos que constituyen la prueba.

En un proceso de responsabilidad civil típico se aplica el test de la preponderancia de la prueba (*Preponderance of Evidence*), conforme al cual debe ser más probable la existencia de un hecho o el acaecimiento de un suceso que su no existencia o acaecimiento. En términos estadísticos, ello implica que el juzgador debe estar convencido en más de un 50% de su existencia para decidir en favor de la persona que soporta la carga de la persuasión.

La determinación sobre la probabilidad de la existencia de un hecho necesariamente implica una determinación simultánea del grado complementario de probabilidad de la inexistencia de ese hecho, lo que permite afirmar que ambas partes tienen un riesgo de no persuasión de un determinado asunto. Carga de la persuasión, por tanto, es el mayor riesgo impuesto al proponente a la vez que el menor riesgo impuesto al oponente si no se satisface la carga de la persuasión (MCNAUGHTON, 1955, pág. 1383).

## 2. Carga de la producción

Por carga de la producción se entiende la obligación de demostrar que existe prueba suficiente y de tal entidad que el juzgador, con base en ella, podrá determinar la existencia de un determinado hecho o el acaecimiento de un suceso. La carga de producir prueba en un asunto significa la consecuencia de obtener una decisión adversa a la pretensión aducida si la prueba sobre el asunto no ha sido producida o no ha sido producida satisfactoriamente. De lo anterior se sigue que no cualquier prueba que haya sido aportada al proceso permitirá satisfacer la carga de la producción. No bastará, por tanto, un mero indicio de prueba sino que, por el contrario, la prueba deberá reunir una entidad tal que permita a una persona razonable extraer de ella la deducción de la existencia del particular hecho que pretende probarse.

Se ha defendido que la carga de la producción es una función de la carga de la persuasión, dado que la primera se satisface, en un caso típico decidido por un Jurado, cuando el Juez cree que existe la posibilidad de que un Jurado razonable creerá que la existencia del hecho es probable en más de un 50% (MCNAUGHTON, 1955, pág. 1385; POSNER, 1999, pág. 32).

En los ordenamientos jurídicos europeos la distinción entre carga de la persuasión y carga de la producción no se realiza con nitidez o no se realiza en absoluto. El ordenamiento jurídico alemán, en que se distingue entre carga objetiva de la prueba (*Beweisrisiko*) y carga subjetiva de la prueba (*Beweisführungslast*) para hacer referencia, respectivamente, a carga de la persuasión y carga de la producción (STÜRNER, 2001, pág. 691), es una excepción en este sentido.

Ello pudiera deberse a que implícitamente se considera que sólo existe un nivel de confianza o convicción jurídicamente admisible en el juzgador acerca de la existencia de un hecho o del acaecimiento de un cierto suceso, que sería el de plena certeza, o lo que es lo mismo, una probabilidad de acaecimiento del 100% (Gómez Pomar, 2001, pág. 5). Sin embargo, este nivel implícito no parece reflejar la realidad del funcionamiento de los sistemas jurídicos y no resulta en absoluto deseable como objetivo: el nivel de prevención civil, administrativa o penal que traería consigo una exigencia de este rigor en el convencimiento del juez, tribunal o autoridad sancionadora sería, a todas luces, inadecuado.

## 3. La carga de la prueba en el ordenamiento jurídico español: carácter y funciones

En nuestro ordenamiento jurídico procesal rigen tres principios:

### 1. Principio de aportación de parte (art. 216 LEC)

2. Principio de *non liquet* (art. 1.7 CC)
3. Principio de sumisión del Juez a la ley (art. 117.1 LEC)

Dada una insuficiencia probatoria y ante la imposibilidad de dejar imprejuizada la cuestión por este motivo debido al principio de *non liquet*, el ordenamiento jurídico ha de proporcionar un criterio conforme al cual el juzgador pueda determinar a cuál de las partes debe perjudicar ese vacío probatorio y decidir, por tanto, qué pretensión ha de ser estimada. Este criterio jurídico viene determinado por las normas sobre carga de la prueba.

En nuestro ordenamiento jurídico se define habitualmente carga de la prueba como la regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que, al final del proceso, existan hechos que no han llegado a ser probados.

La necesidad de las partes de actuar para prevenir un perjuicio procesal, en este caso, probando una serie de hechos que constituyen la prueba con base en la cual el juzgador decidirá el asunto y, en último término, una sentencia desfavorable, representa una carga procesal, que podría definirse como un imperativo del propio interés de las partes en el proceso. El concepto de carga procesal fue ideado por GOLDSCHMIDT (1925) en un ensayo acerca del proceso como situación jurídica, que vino a oponerse a la teoría del proceso como relación jurídica desarrollada por VON BÜLOW (1868), que entendía el proceso como una relación jurídica autónoma de derecho público que se desarrollaba gradual, paralela y simultáneamente, entre los contendientes y el Juez.

La carga de la prueba reúne los siguientes caracteres:

1. Es una carga de ejercicio facultativo.
2. Tiene carácter instrumental.
3. Tutela un interés jurídico propio.
4. Su incumplimiento no comporta sanción sino sólo la pérdida de expectativas de obtener una resolución judicial favorable.

Mas las normas que regulan la carga de la prueba desempeñan dos funciones básicas que no siempre han sido convenientemente distinguidas por la jurisprudencia y la doctrina, que acostumbran a reconocer exclusivamente la primera de ellas: la función de regla de juicio (carga material) y la función de distribución de los hechos a probar (carga formal). La función principal es la de señalar las consecuencias de la falta de la prueba, pero no puede negarse que, indirectamente, cuando un hecho no ha sido probado surge la cuestión acerca de quién se verá perjudicado por esta circunstancia y, por consiguiente, quién debió haber probado el hecho para evitar el perjuicio. Se deduce, por tanto, que las reglas sobre la carga de la prueba producen efectos en dos momentos distintos y con referencia a diferentes sujetos (MONTERO AROCA, 2000, pág. 37).

1. La función de regla de juicio o expediente formal de decisión

Las normas que regulan la carga de la prueba facilitan al juzgador un criterio que permite resolver la controversia sometida a su decisión cuando existen hechos relevantes para el proceso que han quedado inciertos (prohibición de *non liquet*). No obstante, la regla de juicio no sustituye el enjuiciamiento del órgano judicial sino que evita la parálisis y la inercia impuestas por la incerteza de determinados hechos que imposibilitan el enjuiciamiento (CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1993) y salvaguarda el principio de seguridad jurídica, pues ante un supuesto de incerteza probatoria evitan un pronunciamiento arbitrario del juzgador.

A la luz de alguna jurisprudencia (*vid.* STS, 1ª, 10.11.1999, Ar. 8057), desde un sector de la doctrina se ha pretendido que las reglas de juicio se aplican exclusivamente en los supuestos en que, efectuada una labor probatoria, aunque mínima, persista una incerteza probatoria, no en los supuestos de inexistencia de prueba. La distinción, sin embargo, se me antoja estéril, pues los efectos prácticos son los mismos.

## 2. La función de distribución de los hechos a probar

La segunda función de las reglas sobre la carga de la prueba no siempre ha sido admitida por la doctrina, que habitualmente ha limitado su alcance a las consecuencias de la falta de prueba. Ello es debido, entiende GÓMEZ POMAR (pág. 6), a que «la concepción de la carga de la prueba dominante en la doctrina española sitúa el centro de atención en el sujeto equivocado –el juez o tribunal–, en lugar de orientarla hacia aquéllos cuyo comportamiento –el probatorio, pero también el extraprocesal– es verdaderamente relevante: las partes en el litigio». A la vez que establecen a quién debe perjudicar la falta de prueba de un hecho, las reglas sobre la carga de la prueba informan a las partes, en la fase probatoria, qué hechos ha de probar cada una de ellas con el fin de evitar el efecto anterior. Actúan también, por tanto, como reglas de distribución probatoria.

La pérdida de expectativas que comporta la decisión de no aportar prueba -aunque no necesariamente implique que la decisión judicial deba ser desfavorable-, indirectamente incentiva a las partes a aportar prueba. No puede olvidarse aquí que la carga de la prueba constituye un instrumento estratégico que permite inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados. El objetivo de las reglas sobre la carga de la prueba es también el de regular comportamientos. Olvidar la función de distribución probatoria es desconocer su verdadero sentido.

Resulta evidente, además, que las normas sobre carga de la prueba son normas procesales de prueba, pero no de valoración de la prueba.

En efecto, el art. 217 LEC distribuye entre las partes la prueba de los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, establece reglas especiales sobre asignación de la carga de la

prueba, regula los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria, y establece una regla de juicio que dispone, en relación con lo anterior, a quién debe perjudicar la falta de acreditación de un determinado hecho. Nada se dice, en cambio, sobre cómo deben valorarse las distintas pruebas que hayan sido aportadas al proceso. Para ello, en la LEC se contiene una norma de valoración específica para cada uno de los medios de prueba legalmente admitidos, que se hayan contemplados en el Capítulo VI del Libro II, De los medios de prueba y las presunciones (arts. 299 y ss. LEC).

Por último, cabe destacar que desde el momento en que la regulación de la carga de la prueba trasciende de la esfera propia de las partes procesales para imponer al Juez un mandato del que no puede separarse sin infringir su obligación constitucional de sometimiento al imperio de la Ley (art. 117.1 CE), las normas que disciplinan la carga de la prueba se convierten en normas de orden público y, como tales, de carácter indisponible. Así, las partes no podrán alterarlas por la vía convencional, por lo que carecerán de efectos vinculantes para el Juez cualesquiera pactos que los justiciables puedan alcanzar al respecto, dentro o fuera del proceso, más allá de aquéllos que no alteren la distribución de los hechos a probar sino que sólo configuren el supuesto de hecho sobre el que se han de aplicar las reglas sobre carga de la prueba, siempre y cuando las normas sustantivas lo permitan.

#### *4. La carga de la prueba en la LEC*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC la regla general sobre carga de la prueba en el proceso civil se encontraba regulada en el art. 1214 CC (Derogado por la Disposición Derogatoria Única 2.1º LEC), conforme al cual incumbía la prueba de las obligaciones a aquél que reclamaba su cumplimiento, y la de su extinción, al que se oponía a ellas. Esta regla, de la que se decía que era imperfecta -pues sólo hacía referencia a la prueba de las obligaciones- e incompleta -pues sólo hacía referencia a los hechos constitutivos y a los extintivos- fue interpretada por la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de entender que correspondía al actor la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la prueba de los hechos extintivos, impeditivos y extintivos de la misma.

En la actualidad, el estudio de la carga de la prueba en su regulación anterior a la LEC ha perdido vigencia. No obstante, dado el principio de irretroactividad de las leyes (art. 2.3 CC), dos años después de la entrada en vigor de la LEC aún resultan de aplicación las normas sobre valoración y carga de la prueba previstas en la legislación anterior en los procesos que estuvieran pendientes en la fecha de entrada en vigor de la LEC (CACHÓN CADENAS, 2001; RAMOS MÉNDEZ, 2000).

La preocupación por la seguridad jurídica en las decisiones judiciales ha inspirado la redacción de una regla de validez y alcance generales sobre la distribución de la carga probatoria que supere los defectos que presentaba su anterior formulación. Esta nueva regla, que se contiene en el art. 217 LEC, sintetiza la doctrina mayoritaria sobre carga de la prueba desarrollada con



base en el art. 1214 CC y unifica en un sólo texto toda la normativa procesal que hasta la fecha se encontraba dispersa en diversos cuerpos legales (arts. 26 Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal y 29.b) y c) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad). Con ello, el legislador ha venido a reconocer la naturaleza plenamente procesal de la carga de la prueba y ha establecido su regulación en su sede natural, la LEC.

#### 4.1. El art. 217 LEC

Si se compara con el [art. 1214 CC](#), llama la atención la extensión y minuciosidad con la que ahora se regula la carga de la prueba en el [art. 217 LEC](#), hecho que da razón de la importancia de la materia que regula y de la necesidad de reducir el margen a la interpretación doctrinal y jurisprudencial del precepto en beneficio del principio de seguridad jurídica, lo que se traducirá en la creación de los incentivos adecuados a adoptar las medidas de cuidado oportunas por parte de los eventuales causantes de daños.

La percepción por los eventuales causantes de un daño de la variabilidad de la interpretación de una norma jurídica puede, en determinados casos, influir en su capacidad para inducir determinados comportamientos de manera negativa (COOTER/ULEN, 1996, pág. 286).

Uno de los aciertos de la nueva LEC estriba en reconocer la doble función de las normas sobre la carga de la prueba, esto es, la función de regla de juicio y la función de distribución de los hechos a probar, a la que ya se hace referencia en la Exposición de Motivos IX de la LEC. Consecuentemente, la distinción se ha incorporado expresamente en el art. 217 LEC. Así, el apartado 1 del art. 217 LEC recoge la regla de juicio en el proceso civil y señala los presupuestos para su aplicación, mientras que los apartados 2 y 3 establecen el reparto de la carga de la prueba entre las partes en el proceso, cuya insatisfacción justifica que resulte de aplicación por el Juez la regla de juicio.

El art. 217 LEC, por lo tanto, se dirige no sólo al Juez o Tribunal sino también a las partes en el proceso. Con respecto al Juez o Tribunal, la regla de juicio que se contiene en el apartado 1 del art. 217 LEC sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante la falta o insuficiencia de la prueba de un determinado hecho, decida qué parte ha de sufrir las consecuencias negativas de esa falta o insuficiencia probatoria.

Por su parte, los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC integran la norma y concretan qué hechos debe probar cada parte para eludir los efectos contrarios a su interés en el supuesto de que, al final del proceso, los hechos no hubieran quedado debidamente acreditados. En la LEC se conjuga la distinción clásica entre hechos constitutivos, por un lado, y extintivos, impeditivos y excluyentes, por el otro, con algunas de las fórmulas que habían sido apuntadas por la doctrina como complemento de la distinción para superar los problemas de la misma (FERNÁNDEZ URZAINQUI, 2000, pág. 825). Así, el art. 217 LEC refunde estos criterios en una única fórmula general y abstracta, con arreglo a la cual corresponde al demandante, principal o reconvenicional, «la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las

pretensiones de la demanda y de la reconvenición», y al demandado o reconvenido «la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos (...)».

Ahora bien, la regla de juicio general del art. 217 LEC se ve desplazada, en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita, por la regla especial prevista en el propio apartado 4 y, en todos los procesos civiles en general, «siempre que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes», según establece el apartado 5 de este artículo.

Con base en el art. 217.5 LEC podría reprocharse que la LEC haya derogado el art. 1214 CC, por cuanto podría haber restado contenido sustantivo al Código Civil en materia de cumplimiento de las obligaciones. El art. 1214 CC debería haber sido considerado una disposición especial en materia de prueba de las obligaciones que, por otro lado, en nada difiere de la regulación de la prueba del art. 217 LEC, por lo que los efectos prácticos de su aplicación hubieran sido los mismos. El hecho de que, con anterioridad, la regulación de la prueba en materia de obligaciones en el art. 1214 CC se aplicara de manera extensiva, con carácter general, al proceso civil, no justifica que el establecimiento en la LEC de una norma general implique su derogación.

Ciertamente, las reglas sobre carga de la prueba son el último recurso al que puede acudir el Tribunal para resolver la cuestión de la incerteza fáctica, pero no el único, pues el art. 429.1 LEC otorga al Juez o Tribunal la facultad de indicar a las partes la prueba (o pruebas) que estime conveniente que se practiquen en el caso de que considere que las propuestas por las partes puedan resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos. Esta fórmula legal establece un mecanismo de iniciativa probatoria judicial que, sin llegar a suplir la iniciativa probatoria de las partes, permite al Juez o Tribunal orientarla con el fin de evitar que, al final del proceso persista la incerteza sobre determinados hechos que podrían haber quedado debidamente acreditados mediante la aportación de una prueba adicional o la modificación de la ya propuesta.

Esta manifestación del juez constituye una mera advertencia que no releva a las partes de la carga de la prueba ni prejuzga la valoración que de la suficiencia o insuficiencia probatoria pueda hacer el Tribunal al dictar sentencia, por lo que la ausencia de una indicación en tal sentido no impide aplicar las reglas sobre carga de la prueba si se aprecia la insuficiencia de la prueba practicada en el proceso.

Por último, el art. 217.6 LEC ha introducido los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, que por su novedad e importancia en relación con la responsabilidad civil médico-sanitaria se estudian por separado en el apartado siguiente.

#### ***4.2. Criterios correctores de la rigidez de la carga de la prueba: los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria. Su conexión con el art. 433.2 LEC***

Jurisprudencia y doctrina, en relación con el art. 1214 CC, pusieron de relieve que los principios a que respondía la norma distributiva de la carga de la prueba no eran absolutos ni

inflexibles, sino que debían adaptarse a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y los criterios de normalidad y disponibilidad y facilidad probatoria (SERRA DOMÍNGUEZ, 1991, pág. 65).

En el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, sobre el principio de facilidad probatoria, *vid.*, p. ej., STS, 1ª, 27.4.2001 (Ar. 6891), que resuelve un caso de *wrongful conception*, o STS, 1ª, 6.2.2001 (Ar. 2233), que resuelve un caso en que el paciente falleció a consecuencia de un infarto. Fuera del ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria son más abundantes los pronunciamientos en este sentido, que no se reducen a la facilidad probatoria sino que alcanzan el principio de normalidad y el de disponibilidad. *Vid.* entre otras, SSTS, 1ª, 8.3.1991 (Ar. 2200), 16.7.1991 (Ar. 5392), 9.2.1994 (Ar. 838) y 6.6.1994 (Ar. 4894). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también se ha hecho eco de estos principios: SSTC 227/1991, de 28 de noviembre (Ar. 227), 7/1994, de 17 de enero (Ar. 7) y 116/1995, de 17 de julio (Ar. 116), entre otras.

En el apartado 6 del art. 217 LEC, se asumen expresamente estos criterios, de manera que los Tribunales, junto con la regla de juicio y la de distribución de los hechos a probar ya comentadas, deberán ponderar la posición probatoria en que cada una de las partes se encuentre en el proceso. Ciertamente, en el art. 217.6 LEC no se cita el criterio de la normalidad o probabilidad, pero su aplicación, según entiende la doctrina mayoritaria, no queda desautorizada sino que ha de entenderse asimismo implícita en ella.

De este modo, si a la hora de resolver un asunto el Tribunal no ha alcanzado la certeza, positiva o negativa, de un determinado hecho, en primer lugar deberá calificar el hecho para determinar a cuál de las partes correspondía su prueba y, en segundo lugar, aplicar la regla de juicio para determinar a cuál de ellas ha de perjudicar la falta de su acreditación, pero no de forma inflexible sino con atención a los criterios correctores del art. 217.6 LEC.

#### a) El criterio de la normalidad

En lenguaje coloquial, un acontecimiento es considerado “normal” cuando sucede con cierta frecuencia o habitualidad, según el curso normal de los acontecimientos. Por este motivo, la mayor probabilidad de que un determinado hecho se haya desarrollado conforme a tales parámetros de normalidad pone su prueba a cargo de quien afirma un acaecimiento anormal o excepcional en ese contexto (*vid.* STS, 1ª, 13.10.1998 -Ar. 8253-).

Una manifestación de este criterio se encuentra en la doctrina *res ipsa loquitur* del *Common Law*, la prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) alemana y la culpa virtual (*faute virtuelle*) francesa, de reiterada aplicación en fechas recientes, principalmente en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, según la cual, ante sucesos que no ocurren normalmente salvo cuando interviene negligencia, estos principios permiten confiar en el daño y en las circunstancias que lo rodean para deducir de su mera existencia u ordinaria ocurrencia la culpa (SSTS, 1ª, 9.12.1998 -Ar. 9427-; 12.12.1998 -Ar. 9431-; 29.6.1999 -Ar. 4895-; 9.12.1999 -Ar. 8173-; 29.11.2002 -Ar. 10404-; 31.1.2003 -646-; y 8.5.2003 -Ar. 3890-).

## b) El criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria

El criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria, por su parte, atiende a la posición probatoria de las partes. En este sentido, la LEC ordena al Juez o Tribunal tener presentes la mayor facilidad probatoria de la parte procesal que se halle más próxima a las fuentes de prueba o al conocimiento de los hechos y la disponibilidad de los medios probatorios.

La disponibilidad probatoria consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él. Por su parte, el principio de facilidad, de alcance más amplio que el anterior, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras para la otra parte ésta resulta más fácil o cómoda. En este segundo caso hablamos de *cheapest information provider*.

La jurisprudencia había sido sensible a estas consideraciones y, ante la constatación judicial de las dificultades a las que, en determinados casos, se enfrentaba la parte que debía soportar la carga de la prueba, conforme a los criterios generales, para acreditar los hechos determinantes del éxito de su pretensión, incorporó lo que por algunos autores ha sido considerado como una nueva regla de juicio que venía a superponerse a la regla general del art. 1214 CC, hoy regulada en el art. 217.1 LEC. Así, según esta línea jurisprudencial, las partes deben soportar la carga de la prueba conforme a la regla general de los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, excepto cuando el levantamiento de la carga de la prueba de un hecho determinado resulte extremadamente difícil para la parte a quien legalmente corresponde acreditarlo conforme a dicha regla general pero es una tarea sencilla, por su accesibilidad a las fuentes de prueba, para la contraparte.

En el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria no son extraños pronunciamientos del Tribunal Supremo en este sentido. Un ejemplo lo constituye la STS, 1ª, 2.12.1996 (Ar. 8938), que resuelve un caso en que la paciente sufrió una anoxia cerebral a consecuencia de la fuerte hemorragia que le sobrevino tras dar a luz con aparente normalidad y que sólo pudo ser detenida mediante una histerectomía subtotal.

El recurso a estos criterios encuentra su fundamento en el deber constitucional de colaboración con los Tribunales de justicia (art. 118 CE) y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE): cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte sea la que aporte los datos requeridos para el descubrimiento judicial de la verdad. Por tanto, los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [*vid.*, p. ej., STC 116/1995, de 17 de julio (Ar. 116)].

Se alude, por tanto, a la necesidad de que las partes en el proceso cuenten con igualdad de armas (*equality of arms*, *Waffengleichheit*), que en nuestro ordenamiento jurídico se halla regulada en los arts. 14 y 24.2.1º CE, de modo que el resultado final del litigio no venga condicionado por factores externos como la mayor disponibilidad o facilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes. Al respecto, cobra especial interés la [Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 25 de julio de 1979 \(2 BvR 878/74\)](#), que introduce definitivamente en el ordenamiento jurídico alemán las llamadas aligeraciones de prueba (*Beweiserleichterungen*) para aliviar la carga probatoria del paciente en casos en que la asimetría de información impide, sin la ayuda de estos instrumentos probatorios, salvaguardar el derecho constitucional a un proceso justo y la igualdad de armas procesales.

No es correcto sostener, sin embargo, que la regla introducida en el art. 217.6 LEC propicia la inversión de la carga de la prueba. La aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria no invierte la carga de la prueba en perjuicio de la parte que fácilmente podría llevarla a cabo sino que, sin que se altere la distribución de los hechos a probar, evita que la imposibilidad de acreditar un determinado hecho perjudique a la parte que soporta la carga de su prueba pero no tiene una mayor disponibilidad o facilidad para probarlo. Así, en casos como el descrito en que existe una clara asimetría de información, en orden a la facilidad y disponibilidad probatoria, se exige a la parte que dispone de los medios de prueba o que, a menor coste, puede producirla, que la aporte al proceso para que pueda ser valorada por el Juez. Será después de la valoración judicial de esta prueba, de la que el juzgador extraerá las conclusiones directas o, en su caso, indirectas por la vía de las presunciones judiciales (art. 386 LEC), que se tendrá en cuenta la regla de juicio del art. 217.1 LEC en relación con la distribución de los hechos a probar asignada por el art. 217.2 y 3 LEC.

Sucede, no obstante, que en numerosas ocasiones el resultado será, desde un punto de vista material, idéntico a la inversión de la carga probatoria, principalmente cuando la prueba de que se trate se halle a disposición exclusiva de la parte demandada en el proceso. Sin embargo, desde un punto de vista formal, la aplicación de estos principios se identifica con lo que se ha venido en conocer como distribución dinámica de la carga de la prueba, que consiste precisamente en atribuir la carga de la prueba a aquella parte procesal que, en cada fase del periodo probatorio se encuentre en mejor posición para producirla en el proceso (LLAMAS POMBO, 2000, pág. 313), con alguna salvedad. En efecto, mientras que en la distribución dinámica de la carga de la prueba, ésta se distribuye directamente en función de los principios mencionados, en el art. 217.6 LEC la distribución de los hechos a probar se realiza de un modo indirecto; es decir, se atribuyen las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación de un hecho, en sentido positivo o negativo (piénsese en culpa y diligencia), a la parte que conforme a los principios enunciados podía haber producido la prueba a menor coste, bien porque disponía de ella, bien porque gozaba de un más fácil acceso a la misma. Se induce así claramente a la parte demandada a presentar prueba en estos casos, con lo que de hecho el art. 217.6 LEC puede ser considerado una norma especial de distribución de la carga probatoria cuando confluyan los requisitos enunciados.

El art. 217.6 LEC responde a criterios de eficiencia económica. En este sentido, las razones que permiten distinguir los casos en que la inversión de la carga de la prueba resulta indicada (HAY y SPIER, 1997; GÓMEZ POMAR, 2001) permiten al mismo tiempo determinar cuándo resulta eficiente atribuir la carga de la prueba a una u otra parte. Si suponemos que las partes sólo presentarán prueba

si ésta satisface sus pretensiones, y dado que el art. 217.6 LEC obliga al juzgador a asignar la carga probatoria de manera que los costes de la prueba del hecho que se trata de demostrar resulten minimizados, resultará eficiente atribuir al demandado la carga de la prueba de un hecho (X) cuando la probabilidad (P) de que X haya ocurrido multiplicada por sus costes de presentar la prueba (C<sub>d</sub>) sean inferiores a la probabilidad de que X no haya ocurrido (esto es, ~X) multiplicada por los costes para la parte contraria (C<sub>a</sub>) de probar que X efectivamente no ocurrió (HAY/SPIER, 1997, pág. 423). Así, ocurrido un daño (Y), deberá asignarse la prueba al demandado si:

$$P(Y/X) \cdot P(X) \cdot C_a > P(Y/\sim X) \cdot P(\sim X) \cdot C_d$$

En caso contrario, esto es, cuando:

$$P(Y/X) \cdot P(X) \cdot C_a < P(Y/\sim X) \cdot P(\sim X) \cdot C_d$$

la carga de la prueba deberá asignarse al demandante.

De lo anterior, se deduce la estrecha relación que existe entre la figura de la distribución dinámica y la inversión de la carga de la prueba, pues pese a las conclusiones avanzadas no es menos cierto que con mucha probabilidad la atribución a la parte demandada de la aportación de la prueba de un hecho que puede perjudicarle se identificará con la inversión de la carga de la prueba, ya estudiada en otro lugar (*vid.* GÓMEZ POMAR, 2001).

Por último, el art. 433.2 LEC, homónimo, en relación con las partes, al art. 429.1 LEC, ofrece a éstas la posibilidad, una vez practicadas las pruebas, de realizar las apreciaciones que tengan por conveniente sobre los hechos que, a su juicio, hayan quedado dudosos y, por tanto, sobre a quién debe perjudicar la falta de acreditación de su certeza. Ello implica que las partes pueden manifestar en dicho momento procesal la situación de indisponibilidad o de dificultad probatoria respecto de alguno de los hechos que, según el criterio general de distribución probatoria, les correspondía acreditar y, por tanto, solicitar que se les exonere de dicha prueba, que según los casos será tanto como solicitar que la otra parte deba aportar la prueba de lo contrario para destruir la suerte de presunción que dicha exoneración comporta. Estas consideraciones, obviamente, no son vinculantes, pero permiten a las partes dejar constancia de su posición respecto de la prueba de un determinado hecho y, por consiguiente, aportar un nuevo elemento de decisión al Juez o Tribunal en relación con la correcta aplicación del art. 217.6 LEC.

#### ***4.3. La carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: la aplicación uniforme del art. 217 LEC***

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, parte de la doctrina había mantenido tradicionalmente que en el ámbito contractual y con base en la presunción legal de culpa contractual del art. 1183 CC correspondía al demandado la prueba de su falta de culpa, mientras que en el ámbito extracontractual, por aplicación del art. 1214 CC, la carga de la prueba de la culpa correspondía al demandante. En la nueva LEC, subsiste la cuestión sobre la aplicación uniforme de la regla general sobre carga de la prueba de la culpa a las pretensiones

de responsabilidad civil contractual y extracontractual pues, si bien ha derogado el art. 1214 CC, no ha hecho lo propio con el art. 1183 CC. Por otro lado, tampoco hubiera tenido demasiado sentido, pues no constituye una regla sobre carga de la prueba sino una norma sobre presunción legal de culpa.

Esta doctrina ha de ser considerada incorrecta: las normas sobre carga de la prueba se aplican uniformemente tanto a las pretensiones de responsabilidad extracontractual como a las de responsabilidad contractual. En efecto, la presunción de culpa que contiene el art. 1183 CC hace referencia exclusiva al supuesto de imposibilidad sobrevenida de la obligación de entregar cosas específicas cuando la imposibilidad se produce por pérdida de la cosa. Además, la finalidad de la norma es meramente la de entender extinguida la obligación y exonerar, con ello, al deudor del deber de cumplir la prestación, sin que haga ninguna referencia al deber de indemnizar los daños causados.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTs, 1ª, 13.4.1999 (Ar. 2583), que resuelve un caso de fallecimiento de un menor durante el transcurso de una intervención de vegetaciones a causa de la anestesia; o 16.12.1997 (Ar. 8690), que resuelve un caso en que una anciana sufrió una parálisis de la pierna derecha tras una intervención de hernia discal.

A este argumento se suma ahora el de la dificultad de defender la aplicación analógica de una norma sustantiva a un supuesto netamente procesal. En efecto, al regular la LEC la carga de la prueba como un requisito interno de la sentencia le otorga claramente un carácter procesal. Ello no es más que una opción del legislador, que ha clarificado así el carácter procesal de la carga de la prueba, discutido desde algún sector de la doctrina civilista con base en su anterior regulación en el Código Civil y en la estrecha relación entre las cuestiones procesales y civiles que se dan cita en este ámbito. Y es precisamente el carácter procesal de las reglas sobre carga de la prueba y su regulación fuera del Código Civil lo que dificulta sostener ahora la aplicación analógica de una norma de carácter sustantivo como la del art. 1183 CC.

*A fortiori*, si atendemos al tenor literal del art. 4.1 CC, la aplicación analógica queda descartada. En efecto, no está presente la identidad de razón a que hace referencia el Código Civil y, además, no sería lícito afirmar que el art. 217 LEC no contempla el supuesto específico, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque el art. 217 LEC regula la carga de la prueba con carácter general y no distingue entre las pretensiones de resarcimiento en el ámbito contractual y extracontractual, por lo que ha de entenderse aplicable a ambas; y, en segundo lugar, porque el art. 217.5 LEC prevé que se apliquen con preferencia al criterio general aquellas disposiciones legales expresas que distribuyan con criterios especiales la carga de la prueba de los hechos relevantes, regla especial que no contiene el art. 1183 CC.

#### ***4.4. La distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria y su irrelevancia***

Tanto desde la jurisprudencia como desde la doctrina se ha atribuido a la distinción clásica entre obligaciones de medios y de resultado una influencia decisiva en la distribución de la carga de la prueba que alteraría el principio general del art. 217 LEC. La discusión arranca de lejos (*vid.* STS, 1ª, 26.5.1986 -Ar. 2824) pero, a pesar de ello, ejemplos recientes como el de la STS, 1ª, 28.6.1999 (Ar. 4894) dan a entender que todavía no ha sido superada.

Conviene dejar sentado ya de principio que la carga de la prueba no se altera en función de que nos hallemos ante una obligación de medios o una de resultado: el contenido de la obligación no influye en la distribución de los hechos a probar. Cuestión distinta es que, precisamente por el diferente contenido de la obligación de que se trate, según sea de medios o de resultado, la calificación previa de los hechos efectuada por las normas sustantivas determinará que los hechos a probar sean distintos en uno y otro caso (en el mismo sentido, DÍAZ-REGAÑÓN, 1996).

El estudio de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado ya ha sido suficientemente tratado por la doctrina (por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ, 1993) y, además, excede con mucho el objeto de este trabajo, por lo que me remito a ella para un análisis exhaustivo de la cuestión. Ello no obstante, creo conveniente realizar dos observaciones de diferente calado sobre la cuestión antes de analizar su relación con el tema de la carga de la prueba:

1. En primer lugar, se ha criticado que la determinación de qué supuestos han de integrar cada uno de los diferentes tipos de obligaciones es subjetiva y arbitraria: más allá del plano teórico, esta determinación es meramente casuística. La dificultad de deslindar los diferentes supuestos y la indecisión de la jurisprudencia en considerar un supuesto como obligación de medios o de resultado fomenta la inseguridad jurídica. Y más en el ámbito extracontractual, en el que no existe un contrato al que acudir para determinar cuál fue la voluntad de las partes con respecto a una determinada obligación.
2. En relación con la cuestión anterior, se ha criticado duramente que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado resulte aplicable en sede de responsabilidad extracontractual ya que, por tratarse precisamente de una clasificación de las obligaciones, sólo tendría sentido defenderla en el ámbito contractual.

Ello tiene especial significación en el ámbito médico-sanitario, como veremos, donde, por otro lado, el Tribunal Supremo duda a la hora de calificar una determinada prestación como obligación de resultado o simplemente asimilarla a ellas, y donde la doctrina ha puesto de manifiesto que son muchas las ocasiones en que este Tribunal se pronuncia sobre la consideración de las obligaciones de resultado en la responsabilidad civil extracontractual a modo de *obiter dictum*.

Por otro lado, no puede obviarse el hecho de que desde diversos sectores de la doctrina se ha propuesto un acercamiento y unificación entre la responsabilidad contractual y extracontractual que aminore sus actuales diferencias: no es plausible que un mismo tipo de accidente sea resuelto con reglas materiales distintas, pues ello conduce a consecuencias jurídicas diferentes para un mismo tipo de daños.



La distinción entre obligaciones de medios y de resultado no altera la regla de juicio sino que, en materia probatoria, sólo comporta un diverso contenido de la carga de la prueba del hecho del incumplimiento por parte de la víctima. Así, ha de ser la víctima-demandante quien pruebe el incumplimiento de la obligación -ya sea por la falta o defectuosidad del resultado debido-, y es precisamente porque la obligación tiene un contenido diverso según la prestación de que se trate que el contenido de la prueba a cargo de la víctima también será diverso: en las obligaciones de resultado, bastará la prueba de la falta o defectuosidad del resultado debido; en las obligaciones de medios será necesario demostrar el incumplimiento total de la obligación o la negligencia del deudor en su realización.

Es decir, el principio general de carga de la prueba del art. 217 LEC, en cuanto a las pretensiones de resarcimiento, se aplica de manera uniforme tanto a las obligaciones de medios como a las de resultado: el actor deberá probar el hecho constitutivo de su pretensión, que en el caso de las pretensiones de resarcimiento es la obligación infringida, cuyo contenido será diverso en función de que la obligación se califique como de resultado (la no obtención del resultado debido) o de medios (la falta de diligencia en la actividad por parte del deudor). Sin embargo, este punto de vista no ha sido compartido por la jurisprudencia que, si bien en un primer momento no se hizo eco de esta distinción y, después sólo con muchas vacilaciones llegó a aplicarla en sus pronunciamientos, finalmente la ha incorporado a éstos como algo habitual desde la STS, 1ª, 26.5.1986 (Ar. 2824).

La discusión acerca de la pretendida incidencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la carga probatoria es estéril, pues el efecto práctico al que se llega desde las diferentes posturas enfrentadas es el mismo: el causante del daño deberá demostrar cualquiera de las causas que extingan su responsabilidad, de manera que en las de medios le bastará con probar su propia diligencia, y en las de resultado, el caso fortuito o la fuerza mayor para evitar su responsabilidad. Y ello con independencia de que se sostenga que en las obligaciones de resultado se presume la *culpa debitoris*, se invierte la carga de la prueba o que, probado por la víctima el incumplimiento corresponde ya al causante del daño la prueba del resto de hechos extintivos, impositivos y excluyentes.

#### ***4.5. Tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba***

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que las normas que regulan la carga de la prueba sólo se infringen cuando, en los supuestos de incerteza probatoria, el Juez o Tribunal atribuye las consecuencias negativas de la falta de prueba a quien no estaba legalmente obligado a su levantamiento o, en otros términos, cuando el Juez o Tribunal modifica, altera o invierte indebidamente entre los litigantes la carga de la prueba.

Así lo han puesto de manifiesto en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, entre otras, las SSTS, 1ª, 20.3.2001 (Ar. 4744), que resuelve un caso en que el actor sufrió complicaciones durante el

postoperatorio de una intervención de hernia discal a consecuencia de una discitis originada por el germen "stafilococcus epidermis", o 17.10.2001 (Ar. 8741), que resuelve un caso de contagio de VIH a consecuencia de una transfusión sanguínea durante el transcurso de una intervención de cesárea.

Por el contrario, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que no se infringen las normas sobre carga de la prueba cuando el órgano judicial realiza una valoración conjunta de la prueba con independencia de la parte que haya acreditado los hechos, lo que no constituye sino una manifestación del principio de adquisición procesal ya analizado.

Así se observa, por ejemplo, en la STS, 1ª, 6.2.1999 (Ar. 1052), que resuelve un caso en que la esposa del actor falleció a consecuencia de una parada cardiorespiratoria después de ser visitada en su domicilio por un médico del Servicio de Urgencias de "Sanitas", que diagnosticó broncoconstricción y alguna mucosidad. El médico no consideró necesario el internamiento de la paciente y le prescribió la continuación del tratamiento que ya tenía establecido y oxígeno, para lo cual solicitó una bombona de oxígeno a "Sanitas" que, pese a los reiterados requerimientos de la paciente, no fue efectuado. El Tribunal Supremo valoró conjuntamente las pruebas aportadas a los autos y declaró la ausencia de relación de causalidad entre la muerte de la esposa del actor, que la Audiencia Provincial de Madrid declaró acreditada en base a la doctrina *res ipsa loquitur*, y la falta de suministro de oxígeno, motivo por el cual casó y anuló la SAP Madrid, 17.5.1994, que había condenado a "Sanitas" a pagar 60.101 €.

Esta afirmación del Tribunal Supremo, sin embargo, lejos de ser pacífica ha sido muy criticada, con razón por la doctrina. En efecto, en la práctica judicial, la apreciación conjunta de la prueba queda por debajo de los requisitos de motivación de las Sentencias judiciales establecido por el Tribunal Constitucional. Esto último se observa claramente en materia de presunciones, pues son muchas las ocasiones en que los Tribunales camuflan una presunción bajo el expediente de apreciación conjunta de la prueba, impidiendo conocer la operación mental del Juez, que debería tener reflejo en la motivación de la sentencia, e impidiendo, por tanto, su tutela. Baste con señalar aquí, en este punto, que la valoración conjunta de la prueba ha de ser considerada inadmisibles, en contra de la jurisprudencia mayoritaria (*cf.* STS, 1ª, 5.6.1998 -Ar. 4275-, que condena expresamente el empleo del expediente de apreciación conjunta de la prueba en un caso de *wrongful conception*), en los casos que propicie la falta de motivación fáctica de las sentencias.

Cuestión distinta es como puede obtenerse la tutela jurisdiccional frente a la infracción de las normas reguladoras de la carga de la prueba, aspecto éste que, por la defectuosa configuración del sistema de recursos en la LEC, suscita algunas cuestiones. La tutela de la infracción de las normas sobre la carga de la prueba puede recabarse tanto por la vía de los recursos ordinarios como por la vía de los recursos extraordinarios. La LEC configura como recursos ordinarios el de reposición (arts. 451 y ss. LEC), el de queja (arts. 494 y ss. LEC) y, señaladamente, el de apelación (arts. 455 y ss. LEC).

Por su objeto, interesa en este apartado el recurso de apelación y no los de reposición y queja, que proceden contra providencias y autos no definitivos y contra los autos que denieguen la tramitación de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, respectivamente

Todas las resoluciones dictadas en primera instancia en procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria tendrán acceso a una segunda instancia a través del recurso de apelación, según dispone el art. 455.1 LEC. El recurso de apelación, por tanto, procede contra todo tipo de vulneraciones jurídicas y errores valorativos, por lo que podrá acceder a segunda instancia cualquier sentencia dictada en un proceso de responsabilidad civil médico-sanitaria en que el recurrente considere que se han infringido las normas sobre carga de la prueba.

La simplicidad de la configuración de los recursos ordinarios contrasta con la compleja estructura de recursos extraordinarios que contiene la LEC, que contempla el recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 468 y ss. LEC), el recurso de casación (arts. 477 y ss. LEC) y el recurso en interés de la ley (arts. 490 y ss. LEC), si bien sólo los dos primeros proceden contra las sentencias dictadas en segunda instancia. Además, son excluyentes entre sí: sólo en el caso de que sean diversos los litigantes de un mismo proceso podrán interponerse ambos recursos a un tiempo, cuando cada uno de ellos opte por uno distinto (art. 466 LEC).

La distinción en la LEC de estos dos recursos en función del carácter de la infracción alegada provoca que sea difícil determinar cuál deba ser el cauce adecuado para obtener la tutela judicial en un ámbito tan particular como el de la carga de la prueba, en que se encuentran estrechamente imbricados aspectos de carácter material y procesal. A fecha de hoy, carece de relevancia cuál sea el recurso mediante el que se solicite la tutela judicial por la infracción de las normas sobre carga de la prueba, pues aunque el art. 468 LEC atribuye el conocimiento del recurso por infracción procesal exclusivamente a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la Disposición Final 16.<sup>a</sup> LEC atribuye transitoriamente a la Sala Primera del Tribunal Supremo la competencia para conocer de este recurso, en tanto no se confiera ésta a los Tribunales Superiores de Justicia. Transitoriamente, por tanto, procederá el recurso por infracción procesal por los motivos previstos en el art. 469 LEC respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el art. 477 LEC y, además, se permite que ambos puedan ser interpuestos conjuntamente (D.F. 16.<sup>a</sup> 1.3.<sup>a</sup> LEC).

Cuestión diferente es cómo deba resolverse la cuestión de la dualidad de recursos cuando se atribuya definitivamente la competencia del recurso por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia. Dado que la carga de la prueba se configura en la LEC como un requisito interno de la sentencia, la doctrina entiende que el cauce adecuado para obtener la tutela judicial por la infracción de las normas que la regulan es el recurso extraordinario por infracción procesal regulado en el art. 469.1.2.<sup>o</sup> LEC (GARBERÍ LLOBREGAT, 2001, pág. 450 o DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2001, pág. 810, entre otros).

Esta misma doctrina considera, por el contrario, que ya no es posible obtener la tutela jurisdiccional a través del recurso de casación, regulado en los arts. 477 y ss. LEC, dado que su ámbito de aplicación ha quedado reducido a infracciones jurídicas de carácter material. Sin

embargo, por las particularidades que presenta la carga de la prueba, ello no parece tan claro. Piénsese, por ejemplo, que la vulneración de las reglas sobre carga de la prueba se haya producido por una errónea calificación de los hechos (por ejemplo, se califica un hecho constitutivo como impeditivo, extintivo o excluyente, o a la inversa). En tal caso, formalmente no se habría invertido la carga de la prueba, pero el efecto de calificar un hecho constitutivo como extintivo, por ejemplo, produciría el mismo resultado. Y ello no sería, desde mi punto de vista, una infracción procesal sino una infracción material, en cuyo caso debería poder acceder al recurso de casación.

En cualquier caso, ya se considere posible la tutela de la infracción de las normas sobre carga de la prueba a través del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal o sólo a través de este último, es posible acudir en amparo al Tribunal Constitucional en virtud de los arts. 41 y ss. LOTC.

### ***5. Las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y sus efectos en el proceso de responsabilidad civil médico-sanitaria***

Las consideraciones anteriores se trasladan ahora al ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Conviene dejar sentado, de principio, que en el ámbito civil, la regla sobre carga de la prueba aplicable en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria es la que se contiene en el art. 217 LEC. No obstante, resultará de aplicación la regla contenida en el art. 1214 CC para aquellos procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la LEC y que todavía estén pendientes de resolución, si bien los efectos jurídicos serán los mismos.

Así, en un proceso de responsabilidad civil médico-sanitaria típico corresponde al actor la prueba de la culpa como hecho constitutivo de su pretensión de responsabilidad civil, ya sea ésta contractual (art. 1101 CC) o extracontractual (arts. 1902 y ss. CC) mientras que, correlativamente, corresponde al demandado la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la responsabilidad (*vid.* STS, 1ª, 13.4.1999 -Ar. 2583- y la jurisprudencia que en ella se cita).

Así lo ha puesto de manifiesto la Sala Primera del Tribunal Supremo, que de manera reiterada afirma que, en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria, no se invierte la carga de la prueba, admitida en otros ámbitos de la responsabilidad civil, y por ello, en virtud de la regla general sobre carga de la prueba, corresponde al actor la prueba de la culpa o negligencia médica (sólo por citar algunas decisiones recientes, *vid.* SSTS, 1ª, 13.4.1999 -Ar. 2583-; 23.10.2000 -Ar. 9197-; 5.2.2001 -Ar. 541-, entre otras).

En la prueba del consentimiento informado puede parecer que sí se produce la inversión de la carga de la prueba, dado que la prueba de la información y el consentimiento se atribuye a la parte demandada (STS, 1ª, 12.1.2002 -Ar. 3-). Sin embargo, tal inversión de la carga de la

prueba no se produce, pues la prueba de estos extremos es una cuestión distinta de la prueba de la culpa, entendida como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* que genera un daño en el transcurso de un tratamiento médico-sanitario. Ello lo corrobora el hecho de que, en los pocos casos en que el Tribunal Supremo ha asimilado el incumplimiento de estos deberes a la culpa que nos ocupa en este trabajo, ha cargado sobre el demandante las consecuencias negativas de su falta de prueba (*vid.* SSTS, 1ª, 12.7.1994 -Ar. 6730-; y 16.12.1997 -Ar. 8690-).

Desde esta óptica es criticable la STS, 1ª, 17.10.2001 (Ar. 8741), que resuelve un caso de contagio de VIH a consecuencia de una transfusión. El Tribunal Supremo condena al “Centro Médico Sant Jordi de Sant Andreu, SA” a indemnizar a la actora con 150.051 € porque no se le informó de la necesidad de recibir una transfusión de sangre y de las alternativas, como la de recibirla de sus familiares y allegados y no del servicio sanitario de prestación de sangre, donde no existían garantías de no contagio del VIH. El Tribunal Supremo utiliza el incumplimiento del deber de información, con prueba a cargo del demandado, como criterio de imputación de los totales perjuicios causados cuando, como fue el caso, la actora no consiguió acreditar la infracción de deberes profesionales que determinó que fuera transfundida con sangre contaminada, cuya prueba le correspondía. Pero pretender que el contagio de VIH se produjo por no haber informado el centro médico a la actora del riesgo de contagio implica un absoluto desconocimiento de la doctrina sobre la relación de causalidad y los criterios de imputación objetiva: el contagio se produjo porque la sangre estaba contaminada y esto es lo que debió probar la actora -o tener por acreditado el Tribunal con base en mecanismos como la regla *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* de la causalidad (*Anscheinsbeweis der Kausalität*) o la causalidad virtual (*causalité virtuelle*)-.

Confróntese el caso anterior con el resuelto por la STS, 1ª, 16.12.1997 (Ar. 8690), en un supuesto en que la actora sufrió la parálisis de la pierna derecha a consecuencia de diversas intervenciones médico-quirúrgicas para solucionar los problemas derivados de una primera intervención de hernia discal, en que distingue entre estos dos aspectos del daño: «(...) el derecho a la indemnización no deriva de la falta de información, sino del hecho de que la paciente no entró en el porcentaje del 90 o 95% de las personas que se recuperan de estas lesiones con la rehabilitación post-operatoria» (FD. 2.º)..

Ahora bien, tanto desde la jurisprudencia como desde la doctrina se ha sostenido, como ya se ha apuntado, que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado tiene trascendencia en el régimen de la prueba. La doctrina consolidada del Tribunal Supremo afirma que la obligación del médico, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, con carácter general, no es de resultado sino de medios. Esto es, que el profesional de la medicina no está obligado a obtener en todo caso la curación del paciente, sino tan sólo a poner todos los medios a su alcance para lograr tal resultado. Y ello porque en responsabilidad civil médico-sanitaria el Tribunal Supremo excluye cualquier asomo de responsabilidad objetiva.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en el caso resuelto por la STS, 1ª, 10.2.1996 (Ar. 866), en que el paciente, oficial cortador de vidrio, había sufrido un corte de gravedad en la mano izquierda y, pese a la intervención a la que fue sometido, sufrió diversas secuelas, dijo que:

«[L]a obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo,

sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso (...)» (FD. 2º).

Existen supuestos, sin embargo, en que el Tribunal Supremo califica la obligación como de resultado, no ya sólo en el ámbito contractual, en que esta distinción encuentra su sede natural, sino señaladamente en el ámbito extracontractual, en que las intervenciones de cirugía estética, de odontología, de esterilización (MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, 2001) y, en general, todas aquellas que no persiguen una finalidad curativa, han merecido tal calificación. Y es en estos supuestos en los que surge el conflicto, ya que se ha pretendido que opera una suerte de inversión de la carga de la prueba, lo que no se compadece con lo sostenido en este trabajo.

El Tribunal Supremo, en fechas recientes, ha entendido que el contenido de la obligación se aproximaba a las de resultado, entre otras, en las SSTS, 1ª, 11.2.1997 (Ar. 940) y 11.5.2001 (Ar. 6197), que resuelven sendos casos de *wrongful conception*; o 28.6.1997 (Ar. 5151), en un caso de fallecimiento a consecuencia de complicaciones postoperatorias a una intervención de cirugía estética. Por el contrario, el Tribunal Supremo ha afirmado que la obligación médica es claramente de resultado, entre otras, en las SSTS, 1ª, 2.12.1997 (Ar. 8964), en un supuesto de lesiones derivadas de una intervención para aumentar la estatura; 19.2.1998 (Ar. 634), en un caso en que al actor le fue amputada una pierna a consecuencia de una infección subsiguiente a una intervención quirúrgica; 11.12.2001 (Ar. 2002\2711), en un caso de cirugía plástica maxilofacial.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina se equivocan, como hemos visto, cuanto menos desde un punto de vista formal, pues no es cierto que existan diferencias en cuanto al régimen de la prueba en función de que la obligación de que se trate se considere de medios o de resultado ni, mucho menos, que la carga de la prueba se invierta en estas últimas. Algún pronunciamiento del Tribunal Supremo se manifiesta en este sentido, como señaladamente la STS, 1ª, 13.4.1999 (Ar. 2583), ya citada:

«[E]s obvio, que en esta responsabilidad [refiriéndose a la extracontractual] huelga la distinción entre la obligación de medios y de resultado, (antes del "factum" dañoso ni existe un destinatario de la acción ni, menos aún, una concreta prestación, salvo el genérico "alterum non laedere"), más propia del contexto o diseño de la responsabilidad contractual (...)» (FD. 3º).

Por último, el art. 217.6 LEC, que ha incorporado los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria, propicia una distribución flexible y dinámica de la carga de la prueba pues, a la postre, permite atribuir las consecuencias de la falta de acreditación de un hecho a aquella parte que, a menor coste, podía haber producido su prueba en el proceso. Por tanto, se incentiva a la parte que dispone de un determinado medio de prueba o que, a menor coste,

puede producirla, a aportarla al proceso, con lo que de un modo indirecto se distribuye dinámicamente la prueba de estos hechos determinados. En estos casos tampoco se invierte la carga de la prueba sino que, señaladamente en los supuestos de prueba documental que obre en poder de la parte demandada (historiales clínicos, resultados de pruebas analíticas y exploratorias, etc.) o en los casos de aportación de información técnica que, por su especialización y su privilegiada posición probatoria, la parte demandada podrá producir con mayor facilidad, deberá aportarla para que sea valorada por el Juez.

Al respecto, cobra gran significado lo que en Alemania se ha venido en llamar deber de aclaración, información o, incluso, de documentación (*Aufklärungspflicht*), esto es, el deber del médico de consignar convenientemente en los historiales médicos toda la información relevante acerca de su tratamiento. De otro modo, la aportación de esta prueba sería inútil o, cuanto menos, en nada favorecería a la víctima. Mas, con todo, no puede dejarse al margen la incidencia que en estos casos puede tener el razonamiento presuntivo para deducir la culpa médica del hecho de la alteración, modificación, extravío, incorrecta consignación de las diversas actuaciones médicas o, en definitiva, negativa de su aportación, en relación con esta prueba

No se trata estrictamente, por tanto, de la prueba de la diligencia propia, si bien en algunos supuestos el juego de estos principios procesales provocará este efecto. Mas ni siquiera en estos casos la consecuencia de una inversión arbitraria de la carga de la prueba se corresponde con la atribución de la carga probatoria conforme a estos principios procesales, pues esta distribución responde al objetivo más amplio de reducir costes sociales en dos sentidos diferentes: en primer lugar, la reducción de costes supone atribuir la carga de la prueba a aquella parte que puede producirla a menor coste; en segundo lugar, la distribución dinámica de la carga de la prueba permite aumentar los incentivos a la adopción de medidas de precaución y, por tanto, reducir los costes sociales como consecuencia de la más que probable reducción de los accidentes o, cuanto menos, de la gravedad de estos.

En lo que concierne estrictamente a la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica y, en concreto, de la culpa, se puede concluir lo siguiente:

1. La carga de la prueba se regula en el art. 217 LEC.
2. La carga de la prueba de la culpa corresponde al demandante, y la prueba de los hechos que impiden, excluyen o extinguen la pretensión del demandante basada en la culpa corresponde al demandado.
3. La regla sobre la carga de la prueba del art. 217 LEC se aplica uniformemente a la responsabilidad civil contractual y extracontractual.
4. La distinción entre obligaciones de medios y de resultado no incide en la carga de la prueba: no se altera la distribución de los hechos a probar ni la regla de juicio.
5. La carga de la prueba no se invierte.
6. El art. 217.6 LEC permite distribuir dinámicamente la carga de la prueba y atribuirla a la parte procesal que disponga de los medios de prueba o pueda producirla a menor coste en el proceso.

6. *Tabla de sentencias citadas**Sentencias del Tribunal Supremo*

<b>Sala y Fecha</b>	<b>Ar.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Partes</b>
1ª, 26.05.1986	2824	Jaime Santos Briz	Josefa M. S. c. José M. A.
1ª, 22.02.1991	1587	Francisco Morales Morales	Pilar H. G. de M. c. "Cirden, SA" y Antonio M. A.
1ª, 08.03.1991	2200	Francisco Morales Morales	Pablo H. de P. y Visitación H. del R. c. Lucía H. de P.
1ª, 16.07.1991	5392	Antonio Rodríguez Fernández	"Belser, SA" c. "Gyllen Hendel A.K."
1ª, 09.02.1994	838	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Miguel G. A. c. Agustín E. M.
1ª, 06.06.1994	4894	Mariano Fernández Martín-Granizo	Javier S. R. y Gemma M. G. c. Jesús María B. B. y otros
1ª, 12.07.1994	6730	Mariano Fernández Martín-Granizo	Antonio M. B. c. INSALUD y otros
1ª, 10.02.1996	866	Pedro González Poveda	Luis N. V. c. "Mutua de Accidentes de Zaragoza" y otros
1ª, 02.12.1996	8938	José Almagro Nosete	Manuel N. A. c. Daniel M. C. y "Sanatorio de Begoña, SA"
1ª, 11.02.1997	940	José Almagro Nosete	Miguel P. G. y Delia M. V. c. doctor V. B y otros
1ª, 28.06.1997	5151	Francisco Morales Morales	Susana, Marta, José Luis y Mónica G. A. c. "Congregación de Hermanas Franciscanas del Espíritu Santo", Miguel Ángel R. C. y otros
1ª, 02.12.1997	8964	Xavier O'Callaghan Muñoz	Silvia J. G. c. "Hospital General de Asturias" e INSALUD
1ª, 16.12.1997	8690	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	María S. G. c. INSALUD
1ª, 19.02.1998	634	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Carlos G. G. c. Teodosio A. I. y "Mutua Montaña de Seguros, SA"
1ª, 05.06.1998	4275	Antonio Gullón Ballesteros	Petra P. V. c. todos los médicos especialistas del servicio de ginecología del "Hospital Provincial de Zamora" y otros
1ª, 06.02.1999	1052	Pedro González Poveda	Cándido G. R. c. "Sanitas, SA"
1ª, 13.04.1999	2583	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Narciso G. R. y María Lorenza H. M. c. "Clínica de la Virgen Blanca" y Juan María L. A.
1ª, 28.06.1999	4894	Xavier O'Callaghan Muñoz	María Rosario C. G. c. Enrique B. C.
1ª, 10.11.1999	8057	Román García Varela	Laura C. P. c. "Mutua Vizcaya Industrial" y Javier U. B.
1ª, 23.10.2000	9197	Pedro González Poveda	Esperanza G. R. c. SAS y otros
1ª, 12.01.2001	3	José Manuel Martínez-	Enriqueta G. A. c. Carlos V. H.



Pereda Rodríguez			
1ª, 05.02.2001	541	Francisco Marín Castán	Amaia D. G. c. Marina S. L., Raquel María G. R., Idoia T. E., Centro de Atención Primaria-Ambulatorio de Otxarkoaga, Osakidetza, "Cresa Aseguradora Ibérica, SA" y "Aurora Polar, SA"
1ª, 06.02.2001	2233	Antonio Romero Lorenzo	Francisca R. V. c. SAS
1ª, 20.03.2001	4744	José Almagro Nosete	Balbino Daniel G. C. c. "Sanatorio Begoña de Gijón, SL", "Grúas Pedregal, SA", "Unión Mutua de Accidentes de Trabajo" y otros
1ª, 27.04.2001	6891	Alfonso Villagómez Rodil	Encarnación M. A. c. SERVASA y Pilar M. E.
1ª, 11.05.2001	6197	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	María José R. R. y Marcial H. G. c. Begoña R. H.
1ª, 17.10.2001	8741	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	María Cruz M. O. c. "Centro Médico Sant Jordi de Sant Andreu", "Adeslas, SA" y "Hospital Cruz Roja de Barcelona"
1ª, 11.12.2001	2002\2711	Xavier O'Callaghan Muñoz	Clara M. V. c. José Ramón A. H.
1ª, 29.11.2002	10404	Xavier O'Callaghan Muñoz	Fernando M. V. c. José Román B. S.
1ª, 31.01.2003	646	Xavier O'Callaghan Muñoz	Ramón O. c. Santiago A.
1ª, 08.05.2003	3890	Xavier O'Callaghan Muñoz	Marisol c. "Asistencia Sanitaria Colegial", Winterthur y Carlos Antonio

### *Sentencias del Tribunal Constitucional*

<b>Sala y Fecha</b>	<b>Ar.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Partes</b>
1ª, 28.11.1991	227	Jesús Leguina Villa	María Dolores M. G. c. STCT 31.5.1988
1ª, 17.01.1994	7	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	E. D. A. N. c. STS, 1ª, 30.4.1992
2ª, 17.07.1995	116	José Gabaldón López	Julio Verga Jiménez c. STSJ Valencia, Social, 10.6.1992

### *Sentencias del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht)*

<b>Fecha</b>	<b>Referencia</b>
BVerfG, 25.7.1979	2 BvR 878/74

## 7. Bibliografía

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, Bosch, 1993.

José GARBERÍ LLOBREGAT, "Comentario al art. 217 LEC", en José GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Los Procesos civiles comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 2001, págs. 434-491.

Manuel CACHÓN CADENAS, *De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Régimen transitorio de los juicios civiles*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2001.

Francesco CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, Tomo I, traducción de Santiago SENTIS MELENDO, Ejea, Buenos Aires, 1989, 5ª ed.

Robert D. COOTER y Thomas ULEN, *Law and Economics*, Addison-Wesley, 1996, 2ª ed.

Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, "Comentario al art. 1214 CC", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 319-324.

Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y derecho*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Comentario al art. 469 LEC", en Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Jaume VEGAS TORRES y Julio BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001, págs. 809-812.

Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI, "Comentario al art. 217 LEC", en Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS *et. al.*, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Atelier Editorial, 2000, págs. 821-829.

James GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des Prozessualen Denkens* (Berlín, Julius Springer, 1925), Aalen, Scientia Verlag, 1986, 2ª ed.

Fernando GÓMEZ POMAR, "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", *InDret 1/2001*, enero-marzo (<http://www.indret.com>).

Bruce L. HAY and Kathryn E. SPIER, "Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective", en *Journal of Legal Studies*, nº 26, 1997, págs. 413-432.

Eugenio LLAMAS POMBO, "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (Coord.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, págs. 297-319.

JAMES, "Burdens of proof", en *47 Va. L. Rev.*, 1961, págs. 51-63.

Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU, "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos", en *InDret 3/2001*, julio-septiembre (<http://www.indret.com>).

John T. MCNAUGHTON, "Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion", *68 Harv. L. Rev.*, 1955, págs. 1382-1391.

Juan MONTERO AROCA, *La prueba*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

Richard A. POSSNER, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 66 (2d Series), 1999 (<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>).

Francisco RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2000.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, "Comentario al art. 1214 CC", en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1991, 2ª ed, págs. 45-86.

Rolf STÜRNER, "Beweislastverteilung und Beweisführungslast in einem harmonisierten europäischen Zivilprozeß", en Gerhard HOHLOCH (Hrsg.) *et. al., Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, págs. 691-702.

Colin TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence*, London, Dublin, Edimburgh, Butterworths, 1995, 8th ed.

James Bradley THAYER, "The Burden of Proof", 4 *Harv. L. Rev*, 1890.

Oskar VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, Roth, 1868.

John Henry WIGMORE, *Wigmore on Evidence. Evidence in Trials at Common Law*, Boston, Little, Brown, 1940, 3rd ed.

# InDret

## *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil*

*Arts 1 a 5*

**Víctor Moreno Catena**

Facultad de Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

**Luis Martín Contreras**

Facultad de Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

Working Paper n°: 206

Barcelona, abril de 2004

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## **Artículo 1. Principio de legalidad procesal.**

**En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.**

El art. 1 de la LEC sienta el principio de legalidad procesal, exigiendo que todos cumplan sus disposiciones en el desarrollo de las actuaciones procesales civiles.

Que la primera disposición de la ley procesal sea precisamente proclamar su valor y ordenar el sometimiento de todos a sus disposiciones no deja de resultar importante en estos momentos, aunque haya sido una norma tradicional, pues el art. 1 de la vieja LEC de 1881 ya disponía que “el que haya de comparecer en juicio, tanto en asuntos de la jurisdicción contenciosa como de la voluntaria, deberá verificarlo ante el juez o tribunal que sea competente, y en la forma ordenada por esta Ley”.

En efecto, es importante plantear la vigencia del principio de legalidad porque en ocasiones los jueces soslayan los preceptos de las leyes procesales, y porque el legislador aprueba leyes procesales incompletas, dejando lagunas que sólo con ingenio e inventiva pueden colmarse.

Este precepto mantiene intacto ese principio de legalidad que es esencial a la labor de los tribunales y que legitima su actuación en la medida en que sólo están sometidos a la ley, pero sin duda de ella son tributarios.

Por eso es conveniente prestar atención a las infracciones de la ley procesal y proceder a denunciarlas por las vías que la LEC proporciona. El rechazo de las denuncias de infracciones procesales porque no se hubiera llegado a producir una efectiva indefensión suele aparecer como fundamentación habitual en resoluciones judiciales, invocando entonces la salvaguarda de otros valores o principios constitucionales; pero lo cierto es que la ley procesal se ha vulnerado sin remedio. Sin embargo, contando con que la defensa de esos valores o principios es de suma importancia, no se puede realizar dejando a un lado la ley, porque en ese caso estaremos al propio tiempo socavando los pilares esenciales del Estado democrático de derecho.

Las disposiciones procesales no son normas de segundo orden, contrapuestas a las normas materiales, que se presentan como las relevantes para la tutela de los derechos subjetivos, ni se trata de disposiciones que entorpecen la labor de los tribunales, sino que representan una garantía básica para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Es verdad que dentro de estas normas procesales se pueden encontrar algunas que encierran garantías esenciales, incluso de rango constitucional, como la que ordena el regular emplazamiento del demandado para que pueda ser oído; hay otras que fijan un trámite de menor relevancia, como las de aportación de copias, y algunas que señalan plazos de los llamados impropios, ordenando una actuación del juez. Esta distinción, que exige salvaguardar las

garantías esenciales del procedimiento, de audiencia y defensa, no autoriza a desconocer el valor del resto de preceptos procesales, que siempre encierran una garantía.

La infracción de las primeras se sanciona con la nulidad de pleno derecho, como sucede con la falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, las actuaciones realizadas bajo violencia o intimidación, o sin la intervención preceptiva de abogado, o prescindiendo de normas esenciales del procedimiento, cuando se haya podido producir indefensión (art. 225 LEC, sin vigencia hasta tanto se reformen los arts. 238 y ss. LOPJ).

Los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se deben hacer valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate (art. 227.1, sin vigencia hasta que se modifique la LOPJ). Se trata de una infracción que por afectar al derecho fundamental del art. 24.1 CE, cuando se hubiera producido, o el acto no pueda conseguir su propósito, también se impone la sanción de la nulidad.

Con un criterio de protección de las partes gravadas por una resolución, se dispone que las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente (art. 448.1), de modo que su estimación acarreará la anulación de la resolución contraria a la ley. El recurso de reposición se presenta como el instrumento adecuado para resolver los quebrantamientos procesales, pues en él se debe expresar la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente (art. 452, dejando de lado la exigencia de citar el concreto precepto procesal que se consideraba infringido como preveía el antiguo art. 377.I de la LEC de 1881); además el litigante debe haber denunciado la falta si hubiera tenido oportunidad procesal para ello, y pedido la subsanación si el defecto fuera sanable, pues en otro caso no prosperará el recurso de apelación (art. 459) ni el extraordinario por infracción procesal (art. 469.2).

Junto con estas infracciones de normas procesales contempla la LEC otros quebrantamientos a los que no se anuda consecuencia alguna, como el incumplimiento de algunos plazos, pues dispone el art. 229 que las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo.

El sometimiento del juez a la ley no sólo le impide así que pueda obviar las leyes procesales y acudir sólo y directamente a la Constitución, sino que al propio tiempo exige al legislador que proporcione a los tribunales unos instrumentos que resulten suficientes y útiles para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, desechando cláusulas abiertas, que exigen de una integración por parte del juez, pues de ese modo el propio legislador está permitiendo e incluso incitando a la “creatividad judicial” extralegal.

## **Artículo 2. *Aplicación en el tiempo de las normas procesales civiles.***

**Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas.**

La eficacia general de las normas jurídicas depende, en primer término, de una clara delimitación de su ámbito temporal y espacial. En este sentido, los principios de legalidad y seguridad jurídica exigen conocer con precisión qué normas rigen en cada momento, y cuál es el ámbito espacial en el que han de ser aplicadas. Esta exigencia cobra especial importancia en el orden procesal, pues aquí la vigencia de los instrumentos del procedimiento y el ámbito de actuación de los tribunales no deben ofrecer ninguna duda.

La LEC dedica siete disposiciones transitorias a regular el inexcusable régimen que han de seguir las situaciones procesales subsistentes a su entrada en vigor, y consagra un precepto con vocación general y de naturaleza garantista, el art. 2, a la aplicación en el tiempo de las normas procesales civiles, en el que se concreta el principio constitucional de irretroactividad, establecido como regla general y sólo susceptible de excepción por las disposiciones de Derecho transitorio.

Mantiene la LEC en su art. 2 el principio general de irretroactividad en la aplicación de las normas procesales. Por tanto, esta ley será siempre aplicada a los hechos y situaciones procesales futuras, entendiéndose por tales los procedimientos iniciados a partir del 8 de enero de 2001, con independencia de que las situaciones o relaciones jurídicas de derecho material que puedan dar lugar al proceso hayan nacido o hubieran sido constituidas durante el período de vigencia de la vieja ley. Ello resuelve el problema de los derechos materiales adquiridos, cuya proyección procesal es independiente del momento en que dichos derechos nacieron o fueron constituidos.

Las siete Disposiciones transitorias de la LEC contienen otros tantos puntos de referencia que marcan el fin de las viejas normas procesales en los procedimientos en curso. Dicho régimen únicamente permite agotar, conforme a la LEC de 1881, la tramitación de los procedimientos que se encuentren en fase de recurso de casación (disp. trans. cuarta), y de los juicios ejecutivos en que se hubiera dado comienzo al procedimiento de apremio (disp. trans. quinta). Una vez en vigor la LEC sus disposiciones normativas se aplican automáticamente al régimen de recursos contra resoluciones interlocutorias cualquiera que sea el estado del procedimiento (disp. trans. primera), al proceso de ejecución aunque ya se hubieran iniciado las actuaciones ejecutivas, y a las medidas cautelares que pudieran interesarse en el curso del procedimiento, pudiendo solicitar la revisión de aquéllas ya adoptadas conforme a la normativa derogada. Además, las normas derogadas sólo podrán extender su vigencia hasta que concluya la instancia en tramitación, rigiendo desde entonces la nueva LEC para la segunda instancia o la casación (disp. trans. tercera). En cualquier caso, siempre será posible interesar la ejecución provisional aunque la resolución haya sido adoptada en la instancia correspondiente conforme a las normas de la antigua ley procesal civil (disp. trans. segunda, tercera y cuarta).

### Artículo 3. *Ámbito territorial de las normas procesales civiles.*

**Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se registrarán únicamente por las normas procesales españolas.**

El art. 3 de la LEC consagra, como principio general, la regla de que el proceso se rige por la ley del lugar donde se sigue. Se trata de un principio clásico, de naturaleza eminentemente procesal, que sin embargo no se recogía en la antigua LEC sino en el art. 8.2 CC, según el cual «las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse en España». Con acierto sistemático, la nueva LEC ha derogado el art. 8.2 CC para incluir, dentro de la regulación procesal civil, la norma que disciplina el ámbito territorial de aplicación de las normas procesales civiles.

Pueden identificarse tres razones fundamentales que justifican la utilidad del principio *lex fori regit processum* (CALVO CARAVACA). En primer término, es una regla avalada por la lógica y la razón práctica, en virtud de la cual los tribunales de cada país aplicarán, como norma general y por mejor conocer, las leyes procesales nacionales para la tramitación de los litigios. En segundo lugar, favorece la seguridad jurídica, tanto en el desempeño correcto de la función jurisdiccional, como en la previsión y conocimiento de las normas procesales por las partes litigantes. En tercer lugar, encuentra acomodo en el principio de soberanía, una de cuyas manifestaciones se concreta en la potestad jurisdiccional, y en las normas que disciplinan su ejercicio.

Aun siendo el art. 3 sistemáticamente oportuno, y atendiendo a una regla general correcta, se advierten algunos defectos de fondo, provocados por una redacción demasiado escueta y poco precisa. El principal problema que plantea es la falta de un tratamiento bilateral que reconozca la aplicación de la *lex fori* para las actuaciones procesales a practicar en el extranjero, cuando sean interesadas por los jueces españoles. Si los jueces españoles disponen de libertad para aplicar normas procesales nacionales o extranjeras a las actuaciones interesadas por un juez extranjero que hayan de practicarse en nuestro país, debería permitirse, en justa correspondencia, que cuando un juez español interese la práctica de una diligencia en el extranjero, dicha diligencia pueda ajustarse a las normas procesales del país donde deba ser practicada, y no necesariamente a las normas españolas, como dispone el art. 3 LEC. De ahí que hubiera resultado conveniente permitir que ciertos actos de asistencia judicial internacional se llevaran a cabo con arreglo a la ley extranjera del Estado del juez colaborador (CALVO CARAVACA).

El principio de la *lex fori* no es sin embargo absoluto, por lo que caben excepciones a dicha regla, derivadas tanto de lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por España –única posibilidad que contempla el art. 3 LEC– como de normas generadas en el ordenamiento jurídico interno.



Las excepciones que excluyen la aplicación preferente de la ley procesal nacional a favor de normas procesales extranjeras, en virtud de Convenio Internacional o por previsiones contenidas en el derecho interno español no son pocas, ni fáciles de sistematizar.

#### **Artículo 4. *Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.***

**En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.**

La LEC aparece como la disposición básica de nuestro ordenamiento jurídico procesal, capaz de integrar las lagunas normativas de las demás leyes que regulan la actividad jurisdiccional en otras ramas del Derecho.

Ya en la etapa de codificación en nuestro país a finales del siglo XIX y principios del XX, surge la idea de la supletoriedad como remedio lógico para las lagunas apreciadas en los textos legales. No obstante no se llegó a plasmar en ninguna norma este criterio de supremacía. La nueva LEC, introduce por primera vez ese carácter, en su art. 4, y parece remitir a la idea de un código procesal único, que pudiera servir para todos los órdenes jurisdiccionales, que se encargaría de regular materias como los presupuestos procesales, las resoluciones judiciales, las notificaciones, el auxilio judicial, los medios de impugnación, la ejecución, las vistas, etc., y que sería complementado por un texto reducido para las especificidades de cada una de las demás ramas del proceso.

El art. 4 LEC surgiría así con una clara vocación de servir de “norma modelo”, pues proclama la supletoriedad de manera expresa, de forma que junto a los textos procesales de cada una de las leyes de esa naturaleza se establece un texto de referencia, no solamente para los casos de laguna legislativa, sino como mecanismo habitual de complementación a falta de regulación específica. Es decir, pretende aglutinar en su regulación materias que, según su propia Exposición de Motivos, tienen naturaleza de procesales, pero que se encuentran reguladas en la LOPJ y que deberán ser excluidos de esta norma.

De manera mas estricta o limitada, puede en cambio considerarse que la nueva LEC no introduce novedad, sino que simplemente efectúa una compilación de lo ya contenido en las respectivas disposiciones finales o adicionales de las leyes procesales administrativa, laboral, o militar, que se remiten expresamente a ella como si de un auténtico código procesal se tratase, de modo que sea este texto procesal el que colme las lagunas que planteen las leyes reguladoras del procedimiento en cada uno de los distintos órdenes jurisdiccionales.

Sin embargo, en estos momentos la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene una regulación procesal que no puede ser obviada, pues según el principio de jerarquía normativa, del art. 9 CE, los preceptos de una norma con rango de orgánica serán aplicables de manera directa respecto de aquellas otras de rango inferior que regulen la misma materia, lo cual es aplicable también a las procesales, sin que pueda servir de excusa el que las normas procesales no tendrán naturaleza orgánica aunque se hallen incluidas en una ley con este rango, como ha mantenido parte de la doctrina y el debate parlamentario sobre la vigente LEC se encargó de desautorizar.

La LEC, consciente de la vigencia de la LOPJ, pero con declarado deseo de reforma, recoge en su Exposición de Motivos, aptdo. V, y por tanto sin carácter normativo<sup>1</sup>, esa aspiración de supletoriedad, propia de un “código modelo”, aun a sabiendas de que será de aplicación aquella norma hasta que sea modificada y se remitan sus preceptos a la propia ley procesal civil. Por su parte, cuando en la disposición derogatoria única, aptdo. 3, establece que *“se consideran derogadas..., cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley”*, hay que entender lo que sea contrario a las normas reguladas en la LEC, pero no lo que se encuentre regulado en norma con rango superior. Y es que la Exposición de Motivos fue redactada para un proyecto que iba a convertirse en ley con la consiguiente reforma de la LOPJ, pero que el juego de las mayorías parlamentarias malogró.

El legislador de 2000 tuvo la intención de modificar la LOPJ para excluir de ella determinados preceptos que consideraba de naturaleza simplemente procesal. Sin embargo, lo cierto es que el Parlamento exigió la mayoría necesaria para la modificación de una ley orgánica, y al no tenerla el partido promotor, las reformas no pudieron prosperar. Así, la disposición final decimoséptima, tuvo que habilitar un procedimiento transitorio para el recurso por infracción procesal hasta que se reforme la LOPJ.

Con esta situación es fácil concluir que la LOPJ en estos momentos es una norma de aplicación directa a todos los órdenes jurisdiccionales, y que, a pesar de lo que pudiera desprenderse de la EM de la LEC, en la actualidad en cada orden jurisdiccional será de aplicación de manera directa la correspondiente ley procesal que regule el procedimiento respectivo, y además la LOPJ, mientras que la ley procesal civil lo será sólo con carácter supletorio, no directo.

Dentro de los distintos preceptos que han de aplicarse de manera directa en los distintos órdenes jurisdiccionales, los tres casos más significados son los que se refieren a la regulación de la abstención y la recusación<sup>2</sup>, a la nulidad de actuaciones<sup>3</sup>, y a las propuestas de resolución<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre la falta de valor normativo de las Exp. de Motivos de las leyes, hasta el punto de no poder ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad, STC 116/1999, de 17 de junio, que reitera lo ya declarado en las anteriores SSTC 36/1981, 150/1990, 212/1996, y 173/1998.

<sup>2</sup> Los artículos 217 a 228 de la LOPJ regulan sendos procedimientos de abstención y recusación, que serán de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales cuando se plantee alguna de estas cuestiones en el transcurso de cualquiera de los procedimientos. Esta regulación pretendió ser incorporada a la nueva LEC en la literalidad de la LOPJ, pero mientras no se consiga la reforma tantas veces citada, la norma a aplicar, no de manera supletoria sino directa, será la recogida en los citados preceptos de la LOPJ.

<sup>3</sup> Arts. 238 a 243 de la LOPJ, en su redacción dada por la Ley 5/1997, de 4 de diciembre. Nos encontramos ante un supuesto que, a pesar de los nefastos resultados, pues en modo alguno ha conseguido la reforma de 1997 disminuir el número de recursos de amparo, según se pretendía, sigue en vigor en la LOPJ, y su aplicación también será de forma directa en los distintos órdenes jurisdiccionales.

<sup>4</sup> Una vez más la EM vuelve a preconizar lo que después no se produjo, la supresión de las propuestas de resolución. El articulado nada regula sobre este tema, y el art. 290 LOPJ sigue estando vigente. En efecto, si nos atenemos al contenido de la EM de la LEC las propuestas de resolución habrían quedado derogadas. Pero no existe precepto alguno en la LEC en el que se establezca de manera expresa la supresión de las propuestas de resolución y, en caso de haberlo, iría en contra del principio constitucional de jerarquía normativa. Se podrá argumentar que, al no estar expresamente reguladas, quedan suprimidas, y así sería si no tuviéramos una norma que es de aplicación directa, por lo que hay que entender que las propuestas de providencia y de auto siguen

Con independencia de todo esto, la integración de las lagunas procesales deberá realizarse mediante la remisión al derecho supletorio, en concreto acudiendo a las disposiciones de la LEC, a través del cual se completa la heterointegración prevista en las principales leyes de enjuiciamiento, donde se hace una remisión expresa a la ley procesal civil en todo lo no previsto en ellas. Es el caso de la disposición final primera de la LJCA para el proceso administrativo, o de la adicional primera de la LPL para el proceso laboral. Por tanto, el art. 4 LEC aparece como una norma general de cierre que considera a esta ley derecho común supletorio de acuerdo con lo establecido por las otras leyes de enjuiciamiento.

De otra parte, este sistema de integración se completa con otras remisiones particulares a la disciplina de la LEC sobre una determinada materia o institución en el articulado de las distintas leyes de enjuiciamiento. Caso del art. 598 de la LECRIM, para los embargos, o de su art. 764.2 sobre contenido, presupuestos, y caución sustitutoria de las medidas cautelares o de la prestación de cauciones; del art. 984 para la ejecución de sentencia en cuanto a la responsabilidad civil; y del art. 996 LECRIM para las tercerías; del art. 60.4 LJCA en materia de prueba; del art. 14 LPL en cuestiones de competencia; o finalmente del art. 64.9 LORRPM). En puridad, estos casos de remisión particular a otra norma sobre una materia o institución no son supuestos en los que se supla una laguna, ya que ésta realmente no existe, dado que el legislador ha previsto la regulación del asunto o cuestión, aunque si bien de forma indirecta por remisión a otra norma.

En cambio en los casos en los que efectivamente exista una laguna sobre alguna cuestión será el momento de utilizar las remisiones generales a la LEC. La distinción tiene su trascendencia práctica, ya que en los casos de remisión particular no existirán problemas para aplicar las disposiciones a las que se ha remitido expresamente la ley, a pesar de posibles diferencias en los principios que rijan en cada orden jurisdiccional. En cambio, en las remisiones generales para suplir lagunas se pueden presentar problemas por las peculiaridades de cada una de las normas, tanto por parte de la remitente que presenta la laguna, como por parte de la remitida que contiene la solución para suplir el vacío normativo.

La problemática que suscitan estos distintos sistemas es diferente, pues mientras el primero supone una remisión amplísima, lo que permite la interpretación de quien pretende la supletoriedad, el último lo hace de manera concreta a un precepto determinado, sin que en este caso puedan plantearse problemas, pues el legislador de la norma de remisión ha conocido previamente el contenido del precepto al que se remite y, aun así, ha decidido no regular la situación concreta en el texto de remisión, para aplicar íntegramente el precepto de la norma supletoria.

Sin embargo, la experiencia demuestra que esto último no siempre es así, pues actualmente sucede que la norma supletoria ha sido redactada con posterioridad a las suplidas, sin que éstas se hayan adaptado a aquélla, lo que provoca más problemas que la remisión genérica al amparo de una teórica imposibilidad de interpretación.

---

estando en vigor en todos los órdenes jurisdiccionales y, mientras no se modifique la LOPJ, deberán ser usadas por los Secretarios judiciales para dar a los autos el impulso establecido en la ley.

Los mecanismos de integración pueden ser de dos tipos diferentes, de heterointegración o de autointegración<sup>5</sup>. En el primer caso es la supletoriedad la que se encarga de cubrir las lagunas del texto legal; en el de la autointegración es la técnica de la interpretación analógica dentro del mismo proceso la que se encarga de cubrir las ausencias de regulación específica.

Ambos mecanismos sirven para suplir la ausencia de regulación en supuestos concretos, pero la LEC en su art. 4 se ha decantado por la fórmula de la heterointegración. Sin embargo, este sistema hay que tomarlo con cautela en el caso de la LECRIM, en una doble vertiente; por una parte, en que todo texto legal debe como principio general ser autointegrado ante una eventual laguna, es decir, debe buscarse la analogía dentro de sus propios preceptos, y de su propia rama del Derecho, antes de acudir a cualquier otra analogía o supletoriedad y, por otra, que la cláusula de supletoriedad que se recoge en el art. 4 de la LEC ha de servir para suplir los vacíos legales de una rama del ordenamiento, pero nunca de la totalidad, pues en caso contrario se rompería ese carácter autointegrador de las distintas ramas del derecho que podría provocar desequilibrios difícilmente justificables a la luz de la Constitución.

Es así que las normas procesales tras la aprobación de la LEC se integran en un doble sistema: por una parte, el art. 4 establece una remisión genérica de todos los procesos de cualquier orden jurisdiccional, incluido el militar, a los preceptos de la LEC como norma supletoria. Establece así una cláusula de heterointegración que culmina las normas de esta naturaleza, ya citadas, recogidas en los distintos textos procesales, en los que de manera genérica se contienen normas de heterointegración. El art. 4 de la LEC es una cláusula general de cierre que configura a este texto legal como una norma de derecho común supletorio y como la culminación o compendio de las otras cláusulas de remisión. Pero esta cláusula de integración se complementa con otras específicas que se remiten a preceptos o trámites concretos de la LEC para llevar a cabo el desarrollo de una fase determinada del procedimiento.

Esta doble remisión suscita dos cuestiones. En primer lugar, la remisión genérica prevista en las distintas disposiciones y en el art. 4 de la LEC puede plantear algunos problemas sobre el alcance y eficacia de la remisión al derecho supletorio, y da pie a las numerosas interpretaciones analógicas. En cambio, las remisiones expresas recogen de manera indubitada la intención del legislador, por lo que en estos supuestos no se deja resquicio a la interpretación analógica, pues la ley de remisión establece cómo quiere que se interprete la supletoriedad en esos casos concretos.

En puridad en estos segundos supuestos no se puede hablar de lagunas legales, sino de supletoriedad querida por el legislador y, por lo tanto, de ahorro normativo, pues no se produce una laguna legal no querida por éste, sino una intencionada ausencia de regulación por considerar aplicable y suficiente la existente en la norma remitida.

Frente a lo que pudiera parecer, que los mayores problemas de acoplamiento de normas se dieran en los casos de supletoriedad genérica, en los supuestos de laguna legal, y derivados

---

<sup>5</sup> MORENO CATENA, V., en *El proceso civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Coord. Escribano Mora F., vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2001.

fundamentalmente de las genuinas características de cada proceso, según el orden jurisdiccional al que pertenezcan, sin embargo, en la práctica es en los casos de remisión concreta donde más problemas se suscitan, pues, como ya se dijo, en algunos casos las leyes procesales suplidas no se han adaptado a la posterior norma supletoria, de forma que en determinadas fases, probatoria en el contencioso-administrativo por ejemplo, la norma suplida no puede adaptarse a la supletoria, porque la primera se refiere a un proceso escrito y la segunda, la que ha de suplir a aquélla, a otro de naturaleza eminentemente oral, lo que provoca problemas a veces insalvables.

El art. 4 no es de fácil interpretación, pues *stricto sensu* considera a la LEC derecho supletorio común de todos los procesos judiciales ventilados ante la jurisdicción ordinaria y la militar, lo que plantea diversas dudas en relación con su alcance y con el concreto modo de realizar la integración de las normas procesales.

En primer lugar, respecto del alcance, resulta extraño que no se considere a los preceptos de la LEC como derecho común supletorio frente a los procedimientos constitucionales; y no resulta explicable esta omisión, especialmente cuando la propia LOTC, en su art. 80, prevé una remisión a la LOPJ y a la LEC en todo lo relativo a normas procesales, *vgr.*, para el cómputo de plazos, forma de los actos procesales, comunicaciones, etc. Hay, pues, que entender vigente la remisión de la LOTC, a pesar de que la LEC no haya incluido en el art. 4 los procesos constitucionales.

En el polo opuesto se encuentra la remisión a la jurisdicción militar ya que, a pesar de estar incluida expresamente en el art. 4 de la LEC, la supletoriedad resulta en este caso prácticamente inoperante, por tratarse de una materia de naturaleza procesal fundamentalmente penal, y porque cuenta con una disposición específica de remisión supletoria a la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>6</sup>.

Por otra parte, existen también ciertas dudas sobre el alcance material de la remisión contenida en el art. 4, pues del tenor literal del precepto no se deduce si abarca toda clase de normas de la LEC, o si es una remisión exclusiva sólo para las normas procesales, es decir para aquellas que regulan las generalidades del proceso y procedimiento.

Estas dudas quedan resueltas a favor de considerar la LEC como derecho supletorio para todos los asuntos de naturaleza estrictamente procesal, relativos a cuestiones generales de todo proceso, tales como: cómputo de plazos; régimen de la nulidad de los actos procesales; presupuestos procesales, capacidad y legitimación de las partes; régimen de las resoluciones judiciales, etc. Es decir, el art. 4 es el instrumento que permite a la LEC adquirir el papel de norma común general en todas aquellas cuestiones que por su naturaleza sean comunes a todo proceso, aquellas que por su íntima conexión con la estructura básica y esencial de cualquier proceso, puedan ser utilizadas para suplir una laguna en un orden jurisdiccional diverso al civil, sin que interfieran los principios y características propias de ese orden jurisdiccional.

---

<sup>6</sup> La disp. adicional primera de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, señala que la LECRIM y sus disposiciones complementarias serán aplicables a los procedimientos penales militares, que se regirán por dichas normas en cuanto no se regule y no se oponga a la presente ley.

Los límites de la supletoriedad debieran quedar meridianamente claros no obstante, pues no puede pretenderse que el art. 4 de la LEC sirva de factor habilitante para que las normas reguladoras de la rebeldía o de la carga de la prueba, por citar dos ejemplos concretos, puedan ser de aplicación ante posibles lagunas en la LECRIM, pues el proceso penal se rige por principios diferentes, de la misma manera que esa misma remisión no puede servir de forma genérica para suplir las posibles lagunas de la LJCA en materia de plazos de ejecución. Sin embargo, estos problemas quedan solventados cuando se trata de remisiones concretas, al margen de lo previsto en el art. 4 de la LEC, que se recogen en las otras leyes procesales y que ya han tenido en cuenta la naturaleza específica de cada proceso y han acudido a este sistema de supletoriedad por resultar aplicable, asumiendo intencionadamente las normas del proceso civil.

El Tribunal Supremo también se ha decantado desde antiguo por la supletoriedad de la LEC en el resto de los órdenes<sup>7</sup>. Posiblemente a causa de que sea históricamente el primer cuerpo procesal general, el más completo y el que en origen fue concebido para servir a la resolución de la mayoría de las cuestiones litigiosas, a pesar de que la LECRIM, aprobada un año después, partía con vocación de autosuficiencia, excepción hecha de la ejecución de la sentencia en sus aspectos civiles. De ahí que esta no cuente con una remisión genérica, sino de diferentes artículos que se remiten a la LEC para casos concretos.

Varios años después de su entrada en vigor, la Ley de Enjuiciamiento Civil sigue teniendo una asignatura pendiente, la aprobación de la reforma de la LOPJ en sus aspectos considerados procesales, y su incorporación a aquel texto procesal, lo que en la práctica convierte la supletoriedad, al menos en parte, en una mera declaración de intenciones. A pesar de lo cual ha acabado erigiéndose en un código procesal común, integrador de las lagunas que puedan surgir en la aplicación normativa en los procesos administrativo y social, y en menor medida, en lo penal y militar.

---

<sup>7</sup> Vid. STS-2<sup>a</sup>, 26- feb-2000, sobre el art. 921 LEC/1881 y los intereses procesales; el ATS-3<sup>a</sup>, 24-ene-2000, o la STS-4<sup>a</sup>, 1-feb-2000.

### Artículo 5. *Clases de tutela jurisdiccional.*

**1. Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley.**

**2. Las pretensiones a que se refiere el apartado anterior se formularán ante el tribunal que sea competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida.**

La rúbrica del art. 5 de la LEC parece que pudiera sintetizar la tutela que los jueces y tribunales puedan prestar cuando, en realidad, simplemente se ocupa de enumerar los posibles objetos de un proceso. Se produce en este precepto, por tanto, una identificación entre derecho de acción y pretensión ejercitada, de manera que el derecho de acción se configura en forma concreta, es decir como pretensión de tutela del derecho subjetivo. La consecuencia de esta configuración es la confusión entre derecho de acción y pretensión, lo que determina que sólo en el caso de que la pretensión planteada sea de las previstas en el ordenamiento pueda garantizarse el derecho de acción del sujeto actuante.

El art. 5 contiene una enumeración no taxativa de las posibles pretensiones a ejercitar ante un tribunal y constituye una evidente novedad en cuanto recoge legalmente la división de las pretensiones que doctrina y jurisprudencia ya manejaban durante el mandato de la LEC de 1881. Presenta cierto interés el que se deje abierta la posibilidad de otras pretensiones, siempre y cuando vengan reconocidas por una norma legal, pues permitirá en un futuro ampliar el contenido de eventuales actuaciones del juez a supuestos como el de la tutela preventiva de naturaleza satisfactiva ya previstos en otros ordenamientos (*injuctions* del derecho inglés o *rèfèrè* del derecho francés), pero todavía con difícil encaje en el nuestro.

El precepto se ocupa de las pretensiones de cognición, en concreto prevé la existencia de pretensiones meramente declarativas, de condena y constitutivas. Se caracterizan porque con ellas las partes procesales solicitarán del juez que, tras conocer del asunto en un proceso declarativo, dicte una resolución que ponga fin al conflicto entre las partes.

Las pretensiones meramente declarativas tienen por objeto conseguir que el juez dicte un pronunciamiento en el que se declare la existencia o inexistencia de un determinado derecho o de una concreta relación jurídica. En consecuencia, la finalidad perseguida es obtener certeza frente a situaciones jurídicamente discutidas o controvertidas; de ahí que presupuesto necesario para el triunfo de esta clase de pretensiones sea la existencia de un *contradictor* que ponga en tela de juicio la posición jurídica del actor, cuando se trate de una pretensión declarativa positiva, o bien



que la condición de *contradictor* la asuma el propio demandante cuando la pretensión sea negativa (*vgr.*, la acción negatoria de servidumbre). La necesidad de que el derecho o situación jurídica sean discutidos para un eventual triunfo de la pretensión mero declarativa se ha venido exigiendo por la jurisprudencia ya de antiguo (STS de 8 noviembre de 1994 (RJA 9317)). En consecuencia, la legitimación para el planteamiento de pretensiones meramente declarativas derivará del hecho de ser titular de un derecho subjetivo o relación jurídica puesta en duda o discutida por alguien, o incluso del hecho de ostentar un interés legítimo para el esclarecimiento de la situación jurídica controvertida.

No debe existir inconveniente alguno, por su parte, para admitir pretensiones meramente declarativas de naturaleza negativa, es decir, aquellas en las que se solicita del juez que declare la inexistencia de un derecho o relación jurídica, a pesar de que el art. 5 expresamente sólo recoja la posibilidad de pretensiones declarativas de naturaleza positiva (“la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas”).

Con las pretensiones de condena se busca no sólo dar certidumbre a un derecho o situación jurídica controvertida, sino que además se solicita del juez la condena de la contraparte a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer. De ahí que la pretensión de condena pueda conceptuarse como “mixta”, pues contiene tanto una petición declarativa, dirigida al juez para que reconozca la existencia de un derecho controvertido, como, al tiempo, una petición de condena al deudor derivada de su falta de cumplimiento de la obligación dimanante del derecho declarado.

Una tercera posibilidad que puede revestir el objeto de un proceso declarativo son las conocidas como pretensiones constitutivas. En ellas la parte demandante dirige al juez una solicitud para que realice una modificación en la realidad jurídica existente mediante la constitución, modificación o extinción de un derecho, situación o relación jurídica. Estas pretensiones constitutivas, por tanto, se dirigen a producir un cambio jurídico en la realidad, creando un derecho donde antes no lo había, modificando una situación jurídica previa, o extinguiendo una relación con existencia anterior. La legitimación para el planteamiento de estas pretensiones se reconocerá a quienes ostenten la cualidad o el estado jurídico exigido por el derecho, relación o situación jurídica cuya modificación se pretende (*vgr.*, los cónyuges cuando se plantea una pretensión de nulidad matrimonial).

El art. 5 también reconoce la existencia de pretensiones cautelares, cuando permite que las partes puedan solicitar del órgano jurisdiccional la adopción de medidas cautelares. La principal característica de la pretensión cautelar es su instrumentalidad, ya que la adopción de las medidas cautelares se encaminará a garantizar la efectividad de un proceso principal en el que se discuta una pretensión de cognición, o más en concreto una pretensión de condena. Por tanto, en definitiva, la medida cautelar se dirige a garantizar la efectividad de una futura sentencia de condena.

Por último, el art. 5 prevé la existencia de pretensiones de ejecución, en las que el titular de un título de condena se dirige al juez solicitando la ejecución forzosa de la condena contenida en alguno de los títulos de ejecución previstos en el art. 517 de la misma LEC.

Finaliza este artículo disponiendo que las pretensiones a formular deberán plantearse frente a aquellos sujetos a los que haya de afectar la decisión que se solicita. Con ello no está haciendo otra cosa que reconocer que el objeto procesal, la pretensión, se conecta íntimamente con el derecho material en juego, hasta el punto que todos aquellos que puedan verse afectados habrán de ser emplazados para una válida constitución de la relación jurídica procesal. Por tanto, será la pretensión planteada por el demandante la que determinará la relación jurídica controvertida, y como consecuencia de esa inicial fijación del derecho material en juego, quedará determinada la persona (art. 10 LEC) o personas (art. 12.2 LEC) que habrán de integrar la parte pasiva del proceso.

La falta de integración de la parte demandada es de suma importancia, pues si así fuera se habrá producido una indefensión del sujeto no integrado en la *litis*, a pesar de lo cual no se verá afectado por la decisión. Una inadecuada integración de la parte demandada al inicio del proceso podrá suplirse mediante el instrumento de la intervención procesal (arts. 13 y 14 LEC), o en el trámite de la audiencia previa del juicio ordinario (art. 420 LEC).

# InDret

## *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil*

*Arts. 6 a 11*

**Esther González Pillado**

Facultad de Derecho

Universidad de Vigo

Working Paper n<sup>o</sup>: 232

Barcelona, julio de 2004

[www.indret.com](http://www.indret.com)

El proceso civil, por su propia esencia, requiere la existencia de un sujeto imparcial, el órgano jurisdiccional, y de dos o más personas (las partes) que conformen alguna de las dos posiciones procesales en las que todo proceso debe estructurarse. Por parte, siguiendo la conocida definición de CHIOVENDA, se entiende la persona que pide en su propio nombre la tutela y aquélla frente a la que se pide<sup>1</sup>.

El Capítulo I del Título I del Libro I de la LEC se ocupa de las condiciones que deben concurrir en las partes para que el órgano jurisdiccional pueda dictar la correspondiente sentencia sobre el fondo del asunto, esto es, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal (arts. 6 a 9 LEC), además de dar un concepto de legitimación (arts. 10 y 11 LEC).

**Artículo 6. Capacidad para ser parte.- 1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:**

**1º. Las personas físicas.**

**2º. El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.**

**3º. Las personas jurídicas.**

**4º. Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.**

**5º. Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.**

**6º. El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.**

**7º. Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.**

**8º. Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios<sup>2</sup>.**

**2.- Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.**

**Por capacidad para ser parte se entiende la aptitud genérica para ser titular de derechos, obligaciones y cargas dentro del proceso; esto es, para ocupar la posición de demandante o demandado. Se trata de un correlativo de la capacidad jurídica dentro del proceso.**

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 no contenía ninguna referencia directa a la capacidad para ser parte, sino que solamente aludía en el art. 2 a la capacidad procesal o para comparecer en juicio; la razón de esta omisión del legislador se debía a la estricta vinculación del concepto procesal de capacidad para ser parte con el sustantivo de personalidad jurídica. Sin embargo,

---

<sup>1</sup> CHIOVENDA, J., *Principios de derecho Procesal Civil* (trad. Casais), t. II, Madrid, 2000, pág. 6.

<sup>2</sup> Este apartado ha sido adicionado por 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 los consumidores y usuarios.

pronto se detectaron importantes lagunas derivadas de la falta de previsión legal de la capacidad para ser parte, porque la realidad ponía de manifiesto la existencia de determinados supuestos en los que era preciso reconocer capacidad procesal a entes que carecían de personalidad jurídica<sup>3</sup>.

Frente al silencio de la antigua ley procesal, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sin llegar a proporcionar una definición de lo que se entiende por capacidad para ser parte, quizás por su elementalidad y su efectiva vinculación con el concepto de personalidad jurídica, se contiene una relación de quiénes pueden ser parte en los procesos civiles, lo que permitirá solventar los problemas derivados de la actuación en el proceso de determinados entes sin personalidad jurídica.

En consecuencia, el art. 6 LEC determina quiénes podrán ser parte en el proceso civil:

#### *1.- Personas físicas*

El primer apartado del art. 6.1 LEC se refiere a las personas físicas, quienes tienen capacidad para ser parte por el mero hecho del nacimiento, de acuerdo con las normas del derecho privado, siendo aquí necesaria, por tanto, la remisión a los arts. 29 y 30 CC, que establecen las condiciones para que las personas físicas adquieran la personalidad (que el nacido tenga figura humana y haya vivido 24 horas desprendido del seno materno).

La personalidad jurídica se reconoce no sólo a los ciudadanos españoles sino también a los extranjeros, de acuerdo con el art. 3.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que dispone que “los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y sus leyes de desarrollo en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”.

Por su parte, la muerte extingue la personalidad de la persona física (art. 32 CC) y supone asimismo la extinción de la capacidad para ser parte. Ahora bien, el fallecimiento no impide acudir ante los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de las obligaciones civiles contraídas por el fallecido, en cuanto la propia ley procesal civil reconoce capacidad para ser parte a la herencia yacente (art. 6.1.4º LEC), como se expondrá en apartados posteriores. Cuestión distinta es que se produzca la muerte de una de las partes durante el curso del proceso, lo que provocará la entrada en el mismo de aquél a quien corresponda de acuerdo con las normas de sucesión procesal contenidas en el art. 16 LEC.

La LEC también reconoce capacidad para ser parte al *concebido no nacido* para todos los efectos que le sean favorables (art. 6.1.2º LEC); concretamente, tendrá capacidad para ser parte el ser humano aún antes del nacimiento, en el mismo sentido que el art. 29 CC, condicionando su capacidad a que efectivamente el concebido nazca con las condiciones recogidas en el art. 30 CC.

---

<sup>3</sup> CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. Cordón, Armenta, Muerza y Fernández Tapia), vol. I, Pamplona, 2001, pág. 105.

El hecho de que se limite su capacidad a los efectos que le sean favorables supone un reflejo en el ámbito procesal de lo previsto en el art. 29 CC, y genera toda una serie de problemas interpretativos de difícil resolución.

En principio, esta previsión suele ser interpretada en el sentido de que al *nasciturus* sólo se le reconoce aptitud para intervenir en el proceso como demandante, en cuanto el planteamiento de la demanda se hace en su propio beneficio, pero no podrá ocupar la posición de demandado, debiendo esperarse a presentar la demanda contra el mismo hasta su efectivo nacimiento. En consecuencia, si se tiene en cuenta el art. 9 LEC, que obliga al órgano jurisdiccional a controlar de oficio la falta de capacidad para ser parte, toda demanda presentada en nombre del *nasciturus* debe ser admitida, mientras que se rechazarían todas aquéllas en las que el concebido y no nacido ocupase la posición pasiva en el proceso.

Sin embargo, pronto nos damos cuenta de que la cuestión no es tan simple. De un lado, porque no siempre la posición activa en el proceso favorece al que la asume y, así, el actor puede sufrir los prejuicios derivados de la pérdida del proceso y también puede ser condenado en costas. Por otra parte, también puede ocurrir que, aunque la norma impide al demandado la presentación de reconvencción contra el *nasciturus*, teniendo en cuenta que el art. 406.1 LEC sólo permite la reconvencción cuando exista conexión entre sus pretensiones y la contenida en la demanda inicial, es posible que el demandado reconvenga, estando la acción ejercitada y la que se quiere ejercitar íntimamente ligadas. En estos casos es evidente que debería ser admitida la reconvencción presentada contra el *nasciturus* en un proceso iniciado por él mismo.

De otro lado, cuando el *nasciturus* ocupa la posición pasiva, la solución no debe ser siempre el rechazo de la demanda, pues en determinados supuestos se podrían perjudicar derechos del demandante, como cuando pueda estar próximo el vencimiento del plazo de prescripción de la acción que se pretende ejercitar, de tal modo que el juez debería suspender el curso de las actuaciones hasta que tuviera lugar el nacimiento, como establece el art. 966 CC para la división de herencia<sup>4</sup>.

Ahora bien, con independencia de lo dicho anteriormente, debe tenerse presente que cualquiera que sea el contenido de la sentencia que llegue a dictarse, sus efectos y su ejecución están condicionadas a que el *nasciturus* llegue a nacer con las condiciones legalmente exigidas en el art. 30 CC; en caso contrario, la sentencia deviene ineficaz, cualquiera que hubiese sido su sentido.

Por su parte, si pendiente el proceso tiene lugar el aborto, no son de aplicación las normas del art. 16 LEC, en cuanto el concebido carece de sucesores; en consecuencia, si era el único demandante o demandado, se aplicará el art. 22 LEC y el proceso terminará por carencia sobrevenida del objeto del proceso<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (coord. Escribano), vol. I, Valencia, 2001, pág. 65.

## 2.- Personas jurídicas

Las personas jurídicas (art. 6.1.3º LEC) tendrán capacidad para ser parte siempre que el ordenamiento jurídico les reconozca personalidad jurídica<sup>6</sup>. Frente a lo que ocurre con las personas físicas, a las personas jurídicas el ordenamiento les reconocerá personalidad siempre que cumplan con los requisitos de constitución que el propio ordenamiento establezca<sup>7</sup>, lo que nos obliga a acudir a las normas de derecho sustantivo que regulan las distintas personas jurídicas existentes.

Con carácter general, el art. 35 CC señala que son personas jurídicas las corporaciones, fundaciones y asociaciones de interés público reconocidas por la ley; reconociéndoseles personalidad jurídica desde el momento de su válida constitución con arreglo a derecho; concretándose en el art. 37 CC que la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido, la de las asociaciones por sus estatutos; y la de las fundaciones por las reglas de su institución.

Por su parte, el art. 36 CC establece que las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste.

Tratándose de una persona jurídica extranjera, el art. 9.11 CC establece que habrá de estarse a lo que disponga su ley nacional.

En consecuencia, habrá que acudir a las normas que regulan cada modalidad de persona jurídica y a sus estatutos o reglamentos para determinar si su constitución se ajusta a los requisitos de validez exigidos para el reconocimiento de su capacidad para ser parte.

Respecto a la extinción de la capacidad para ser parte de las personas jurídicas, ésta se mantiene tras la disolución y durante el período de liquidación (art. 264 LSA)<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, Madrid, 2000, pág. 18.

<sup>6</sup> El propio art. 38 CC alude a la capacidad de las personas jurídicas para ejercitar acciones civiles y criminales.

<sup>7</sup> Es significativa al respecto la STC 117/1998, de 2 de junio, cuando señala que “las personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, cuya existencia no puede ser negada por el ordenamiento jurídico, pues la persona, esto es, el ser humano, tiene el derecho inviolable a que se reconozca su personalidad jurídica –arts. 6 Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 dic. 1948 y 10 CE-, constituyen una creación del legislador y tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso. De este modo, y dejando a un lado las distintas teorías que han tratado de explicar el fundamento de las personas jurídicas, éstas sólo pueden ser rectamente concebidas si se las conceptúa como uno más de los instrumentos o de las técnicas que el Derecho y los ordenamientos jurídicos ponen al servicio de la persona para que pueda actuar en el tráfico jurídico y alcanzar variados fines de interés público o privado reconocidos por el propio ordenamiento”.

<sup>8</sup> A esta cuestión alude la STC 140/1998, de 29 de junio cuando señala que “La disolución de pleno Derecho –disp. trans. 6ª.2 TR LSA- de la sociedad anónima recurrente en amparo respeta la persistencia de la personalidad jurídica de la entidad así disuelta, bien que transitoriamente, hasta la conclusión del proceso de liquidación de la misma, de modo que su extinción propiamente dicha no se producirá hasta que el completo agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes, y ello con independencia de que la disolución por ministerio de la Ley

### 3.- Entes sin personalidad jurídica

Como norma general, las normas procesales reconocen capacidad para ser parte a todos aquellos entes a los que el derecho sustantivo reconoce personalidad jurídica. Sin embargo, la realidad del tráfico jurídico demuestra día a día como entes que no están dotados formalmente de personalidad jurídica actúan contrayendo obligaciones o adquiriendo derechos.

Ante esta situación y debido a los problemas generados por la actuación en el tráfico de estos entes carentes de personalidad, la primera solución que se intentó fue a través del mecanismo del "levantamiento del velo" que permitía en último caso conocer las personas que integraban el ente colectivo<sup>9</sup>. Sin embargo, esta solución no siempre resultaba satisfactoria en cuanto en muchas ocasiones el ente estaba formado por múltiples personas lo que dificultaba en gran medida llevarlos a juicio.

Por ello, poco a poco, la jurisprudencia empezó a reconocer capacidad para ser parte a sociedades irregulares (STS de 16 de abril de 1980 (RJ 1980/1420), a la herencia yacente (STS de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1435), etc. Esto es, se empezó a desvincular la capacidad para ser parte del concepto de personalidad jurídica.

Precisamente, la actual ley procesal civil ha venido a consagrar este principio en los apdos. 4 y 5 del art. 6.1 y en el art. 6.2 LEC, distinguiendo varios supuestos que se exponen seguidamente:

a) *Masas patrimoniales o patrimonios separados* que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración (art. 6.1.4º LEC).

Los supuestos a que se refiere el apdo. 4º del art. 6.1 LEC son la herencia yacente y la masa del concurso, respectivamente. En el primer caso, con la muerte del causante, los bienes que forman parte de la herencia quedan sin titular hasta el momento en que pasen a la titularidad de los herederos. En este lapso de tiempo, es frecuente que exista la necesidad de ejercitar acciones judiciales a favor de la herencia yacente o, en caso contrario, que ésta tenga que soportar que se ejerciten acciones en su contra. Por este motivo, la jurisprudencia, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley procesal civil, ya reconoció capacidad para ser parte a la herencia yacente<sup>10</sup>.

---

implique o no la transformación de la sociedad hasta entonces anónima en sociedad colectiva o en sociedad civil (art. 16.2 TR LSA) (cfr. DGRN RR 29 y 31 de mayo y 5, 10, 18 y 27 de junio 1996), pues lo único relevante, en el caso, es la conclusión de que la disolución no privará a la sociedad de su personalidad y, con ella, de la capacidad para ser parte en cualquier tipo de proceso, incluido el constitucional del amparo".

<sup>9</sup> Entre otras: SSTS de 3 de junio de 1991 (RJ 1991/4411); 12 de febrero de 1993 (RJ 1993/763); 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/1341); 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9803); 22 de abril de 2003 (RJ 2003/3865); 25 de abril de 2003 (RJ 2003/3534); 19 de mayo de 2003 (RJ 2003/5213).

Igualmente, SAP de Asturias de 27 de febrero de 1999 (AC 1999/3248); de Murcia, de 7 de julio de 2000 (JUR 2000/258002); de León, de 12 de enero de 2001 (JUR 2001/120948); de Alicante, de 10 de abril de 2002 (AC 2002/972); de Barcelona, de 20 de julio de 2001 (JUR 2001/289398).

<sup>10</sup> SSTS de 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982/4920), 12 de marzo de 1987 (RJ 1987/1435).



En el segundo caso, respecto a la masa del concurso, el titular del patrimonio es privado de sus facultades de administración y disposición, lo que hace necesario reconocer capacidad para ser parte a ese patrimonio separado.

En ambos casos, no existen dudas sobre si la parte es el patrimonio o quien lo administra, pues la ley es clara al respecto, siendo la parte la masa patrimonial, que actuará en juicio, de acuerdo con el art. 7.5 LEC, a través de sus administradores.

b) *Entidades sin personalidad jurídica* a las que la ley reconozca capacidad para ser parte (art. 6.1.5º LEC).

Con la expresión anterior el legislador está aludiendo a las comunidades de propietarios de propiedad horizontal, a las que la Ley de Propiedad Horizontal (Ley 49/1960, de 21 de julio, reformada por la L 8/1999, de 6 de abril) reconoce capacidad de forma indirecta, mediante el otorgamiento de su representación en juicio al presidente en el art. 13.3 LPH<sup>11</sup>.

Igualmente, también se entiende que tienen capacidad para ser parte las comunidades resultantes de los derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles (las denominadas multipropiedades), en cuanto el art. 15.4.5ª LPH establece que a las mismas se aplicarán supletoriamente las disposiciones de esta ley.

c) Por último, en el párrafo 2 del art. 6 LEC se permite demandar a las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, están formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado. Es el caso de las *sociedades irregulares* o de las *uniones sin personalidad*.

En el primer supuesto, las *sociedades irregulares* son todas aquellas que carecen de personalidad jurídica por no haber cumplido las formalidades exigidas para su válida constitución; pese a carecer de personalidad, esos entes actúan en el tráfico jurídico, de ahí que resulte necesario proteger a todos los que negocian fiándose de su apariencia jurídica.

En el segundo caso, las *uniones sin personalidad* están integradas por un conjunto de personas que, generalmente con un horizonte temporal concreto y con una pobre estructura social, persiguen una finalidad común, para lo cual suelen aportar e intentar obtener determinadas sumas de dinero o, en todo caso, actúan en el tráfico<sup>12</sup>.

---

En igual sentido, SSAP de Valencia, de 30 de septiembre de 1992 (AC 1992/1287); de Burgos, de 14 de julio de 1998 (AC 1998/6163); de Almería, de 21 de enero de 2000 (AC 2000/692); de Alicante, de 20 de octubre de 2001 (JUR 2001/10585); de Barcelona, de 22 de febrero de 2002 (JUR 2002/136372).

<sup>11</sup> En este sentido, la SAP de Toledo, de 7 de noviembre de 2003 (JUR 2003/30640) alude a la imposibilidad de que el administrador de la comunidad asuma la representación en juicio de la comunidad, en cuanto ésta no se contempla como una de sus funciones en el art. 20 LPH, aunque en el artículo siguiente admite como excepción la posibilidad de que el administrador pueda reclamar las cuotas de la comunidad en el juicio monitorio si así la acuerda la junta de propietarios.

<sup>12</sup> MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., pág. 72.

La nueva ley procesal da el mismo trato a estos dos entes, de tal forma que, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir los gestores, se les reconoce capacidad para ser parte demandada, con el objeto de proteger a todos aquellos que contrataron con ellas; en cambio, no alude la norma a la capacidad para ocupar la posición activa en el proceso, de tal forma que si el ente decide presentar una demanda para hacer valer en juicio un derecho, deberán acudir al proceso todos los socios o personas que forman el ente sin personalidad conjuntamente.

#### *4.- Ministerio Fiscal*

El Ministerio Fiscal tendrá capacidad en aquellos procesos en los que, conforme a la Ley, tenga que intervenir como parte (art. 6.1.6º LEC).

Sin duda, resulta bastante llamativo que el art. 6 LEC aluda entre sus distintos apartados al Ministerio fiscal en cuanto el mismo es, de acuerdo con el art. 124.1 CE, el órgano público encargado, entre otras funciones, de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley; en consecuencia, no es necesario que una norma procesal reconozca capacidad para ser parte al Ministerio Fiscal cuando el mismo tiene como función actuar ante los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, en el proceso civil, el Ministerio Fiscal actúa de formas muy variadas. Así, habrá ocasiones en las que el ente público actuará en el proceso asumiendo la defensa y representación en juicio de los que carecen de capacidad procesal o de representante legal (art. 3.5 EOMF); es el caso de intervención en el proceso hasta que no se nombre defensor judicial al demandado (art. 8.2 LEC); o la asunción de la representación y defensa de la persona que debe ser sometida a tutela y hasta el momento en que no se dicta la correspondiente sentencia (art. 299 bis CC); también se encargará de la representación y defensa del incapaz o del pródigo que no provean a su postulación (art. 758 LEC); este mismo papel de representante y defensor será desempeñado por el ente público cuando ejerce la acción de filiación en nombre del hijo menor o incapacitado (art. 765.1 LEC), así como con carácter general en los procesos no dispositivos enumerados en el art. 748 LEC siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal (art. 749.2 LEC).

En otro tipo de supuestos el Ministerio Fiscal actúa como informante o debe ser oído; esto ocurre en el proceso para la revisión de sentencias firmes (art. 514.3 LEC); en los supuestos de falta de competencia judicial internacional y de jurisdicción o competencia objetiva, territorial y funcional (arts. 38 y 48 LEC), entre otros.

Finalmente, también el Ministerio Fiscal podrá actuar como parte en los procesos de protección de derechos fundamentales (art. 249.1.2º LEC), en el recurso en interés de ley (art. 491 LEC) o en los procesos sobre incapacitación, nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación (art. 749.1 LEC).

A la vista de todo lo expuesto, teniendo en cuenta la variedad de actuaciones del Ministerio Fiscal en el proceso civil, el art. 6.1.6º LEC debe ser interpretado como indicativo de que sólo en los procesos en los que las normas procesales consideran la intervención del Ministerio Fiscal como parte del proceso, el ente público tiene capacidad para ser parte; fuera de esos supuestos, el Ministerio Fiscal tendrá la condición de dictaminador o informante o cualquier otro carácter pero no asumirá los derechos y obligaciones de una parte del proceso<sup>13</sup>. Sólo de esta forma el art. 6.1.6º LEC deja de resultar una norma ociosa.

##### 5.- Grupos de afectados

El art. 6.1.7º LEC reconoce capacidad para ser parte a los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables, siendo necesario para demandar en juicio que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. El legislador con esta previsión intenta ser coherente con el reconocimiento que lleva a cabo la legislación material de los intereses colectivos, apartándose del individualismo liberal inspirador de la ley procesal de 1881, en la línea ya seguida por la doctrina y la jurisprudencia que viene manteniendo que el interés legítimo del art. 24 CE no es solamente el interés individual.

Se trata de una concreción de la previsión contenida en el art. 7.3 LOPJ que se refiere a la obligación de los juzgados y tribunales de defender los intereses individuales y colectivos, concediéndose legitimación a las corporaciones, asociaciones y grupos de afectados.

Concretamente, el reconocimiento de capacidad procesal al grupo exige el cumplimiento de tres requisitos:

En primer término, se requiere la existencia de un grupo de consumidores o usuarios afectados por el hecho dañoso; en consecuencia, el art. 6.1.7º LEC está protegiendo únicamente los intereses de grupo en materia de consumo, de tal forma que en cualquier otro tipo de litigio será necesario acudir a las restantes modalidades de entes sin personalidad previstos en el mismo precepto o, en su caso, adquirir personalidad jurídica para poder actuar en el proceso.

En segundo lugar, es necesario que los integrantes del grupo estén determinados o sean fácilmente determinables.

El tercer requisito exigido para el reconocimiento de capacidad para ser parte del grupo es que se constituya con la mayoría de los afectados. Es claro que la intención de esta previsión es garantizar que la demanda está avalada por la mayor parte de los miembros del grupo para con ello demostrar que la misma tiene un serio fundamento. Sin embargo, no es fácil interpretar su verdadero alcance.

---

<sup>13</sup> MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., pág. 76.

Podemos entender que el legislador está exigiendo la concurrencia de la mayoría simple de los afectados, aunque esto no lo diga de modo expreso, pero lo verdaderamente importante es cómo se debe acreditar ese extremo, y qué efectos procesales se derivan de la defectuosa constitución del grupo de afectados.

En lo que respecta a la primera cuestión, debe entenderse la necesidad de adjuntar una relación de los afectados, lo que permitirá la determinación de los límites subjetivos de la sentencia y la ejecución de la misma (arts. 221 y 519 LEC); la segunda cuestión exige un tratamiento más detallado.

El incumplimiento previo de la determinación de afectados y la constitución del grupo con la mayoría de los mismos, no aparece como posible causa de inadmisión de la demanda en el art. 403 LEC, en cuanto esta causa no aparece expresamente prevista en la ley; en cambio sí podría constituir una posible causa impeditiva para la continuación del proceso en cuanto inexistencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, controlable tanto de oficio como a instancia de parte, en los términos que se expondrán en el apartado correspondiente.

Finalmente, la redacción del art. 6.1.7º LEC plantea la duda relativa a si se reconoce capacidad para ser parte a los grupos únicamente en la posición activa o si también pueden ser demandados. La norma, a diferencia con lo que ocurre con el art. 6.2 LEC, no especifica nada al respecto, lo que debe ser interpretado en el sentido de permitir la actuación de los grupos en ambas posiciones en el proceso, tanto activa como pasiva<sup>14</sup>, siendo conscientes de que normalmente su posición natural en el proceso será la de demandante.

#### *6.- Entidades habilitadas por la normativa comunitaria*

El afán de exhaustividad del legislador le lleva a incluir en el apdo. 8 del art. 6.1 una previsión relativa a la capacidad para ser parte de "las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios"<sup>15</sup>.

De acuerdo con el nuevo apartado, se reconoce capacidad para ser parte en un proceso español relativo a la tutela de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria.

---

<sup>14</sup> Ahora bien, frente a esto, GONZÁLEZ GRANDA (*Sujetos y actuaciones del proceso*, en "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" (coords. Moreno y Cortés), t. I, Madrid, 2000, pág. 31) entiende que la capacidad del grupo es sólo para ser parte actora porque el inciso final del art. 6.1.7º LEC dispone que para demandar hace falta la constitución del grupo con la mayoría de los afectados, y no es lógico que ese requisito se exija para demandar y no para ser demandado.

<sup>15</sup> Adicionada por 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.

Sin embargo, debe señalarse que este precepto no era necesario e incluso su inclusión en el art. 6 LEC podría entenderse perturbadora pues más que a la capacidad para ser parte se refiere a la legitimación de estas entidades en este tipo de procesos relativos a la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios<sup>16</sup>; por tanto, me remito a lo que se expondrá en el comentario al art. 11.4 LEC.

**Artículo 7. Comparecencia en juicio y representación.- 1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.**

**2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.**

**3. Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido.**

**4. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen.**

**5. Las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el número 4º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán por medio de quienes, conforme a la ley, las administren.**

**6. Las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5º del apartado 1 del artículo anterior comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley en cada caso atribuya la representación en juicio de dichas entidades.**

**7. Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7º del número del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.**

**8.- Las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal<sup>17</sup>.**

En un sentido similar al derecho material, también en derecho procesal se distingue entre la mera titularidad del derecho y su ejercicio, esto es, entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal; esta última puede ser definida como la aptitud para realizar válidamente actos procesales, y aparece regulada en los arts. 7 y 8 LEC.

Se inicia el art. 7 en su apartado primero con una declaración genérica permitiendo comparecer en juicio a todos aquellos que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, reproduciendo exactamente el art. 2 LEC de 1881. Aquí habría sido más adecuada la utilización de la expresión “tendrán capacidad procesal”, en lugar de “podrán comparecer en juicio”, porque el término comparecer tiene un significado más limitado, en cuanto designa sólo el primer acto procesal que

---

<sup>16</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., *La tutela de la pretensión colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios afectados en el proceso civil*, en “Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra”, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pág. 678.

Continúa señalando esta autora que la equivocación del legislador se confirma cuando se observa que se regula lo relativo a la capacidad para ser parte y lo relativo a la legitimación de las Entidades extranjeras habilitadas, pero no así la capacidad para comparecer, lo que prueba, además, la falta de rigor a la hora de utilizar los conceptos.

<sup>17</sup> Este apartado ha sido añadido por la disposición final tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y entrará en vigor en septiembre de 2004.

consiste en personarse, mientras que la capacidad procesal faculta a la parte a intervenir en el proceso en defensa de su posición procesal<sup>18</sup>.

El art. 7.1 LEC contiene la regla general de capacidad procesal, que se atribuye a quienes estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, lo que obliga a acudir a las normas de derecho privado a efectos de determinar a quiénes se reconoce. A partir de esa declaración, se contiene en los apartados siguientes una enumeración concreta de las personas a las que se reconoce capacidad procesal.

#### *1.- Personas físicas*

Tendrán capacidad procesal los mayores de edad en quienes no concurra ninguna causa de incapacidad declarada judicialmente, y los menores de edad emancipados (arts. 322 y 323 CC).

Quienes no estén en ninguna de estas situaciones carecen de plena capacidad procesal y deberán comparecer en juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7.2 LEC mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigido por la ley.

En consecuencia, carecen de capacidad procesal:

*a) Los menores de edad no emancipados*, que acudirán al proceso representados por los padres cuando ejerzan la patria potestad (art. 162 CC) o bien por el tutor (arts. 222 y 267 CC).

En el caso de los padres, la representación puede ser asumida conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro (arts. 154 y 156 CC), salvo que existiera desacuerdo entre los padres, en cuyo caso el juez atribuiría la facultad de decidir a uno u otro. Por su parte, en el caso de conflicto de intereses entre los padres y el hijo, se procederá al nombramiento de un defensor judicial (art. 163 CC).

En lo que respecta al tutor, éste asumirá la representación del menor pero necesitará autorización judicial para entablar demanda en nombre del sometido a tutela, salvo en asuntos urgentes o de escasa cuantía (art. 272.3 CC).

*b) Los incapacitados* estarán sometidos al régimen de tutela o curatela que la resolución judicial determine, con la extensión que en la misma se fije (art. 760.1 LEC).

Si se trata de tutela, el tutor será el representante del incapaz, salvo aquellos actos que pueda realizar por sí mismo (art. 267 LEC), siendo necesaria autorización judicial para entablar

---

<sup>18</sup> Aunque, como acertadamente señala MORENO CATENA (*El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., pág. 79), teniendo en cuenta el carácter preceptivo de la postulación procesal en nuestro texto procesal, con la asistencia de abogado y procurador, son pocas las actuaciones que la parte puede realizar por sí misma.

demanda en nombre del tutelado, como ya se ha puesto de relieve al hacer referencia a los menores.

En el caso de que la sentencia haya sometido al incapaz a curatela, en ésta se indicarán los actos en los que el incapaz deberá ir asistido por curador (art. 289 CC); si la sentencia no especifica esos actos, la curatela se extenderá a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 290 CC).

c) *Los pródigos* estarán sometidos al régimen de curatela que establezca la correspondiente sentencia (art. 760.3 LEC).

d) *El concursado o quebrado* ve limitada parcialmente su capacidad de obrar en cuanto queda privado de legitimación para los actos de disposición sobre su patrimonio y para el ejercicio de acciones dirigidas a su protección, siendo necesario que los síndicos suplan esa falta de capacidad<sup>19</sup>.

A este respecto, la disposición final tercera de la nueva Ley concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) añade un apartado 8 al art. 7 LEC con la siguiente redacción "las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal"<sup>20</sup>; concretamente, en los arts. 40 a 48 Ley Concursal, donde se exponen cuáles son los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor.

No existe, en cambio, limitación de capacidad en el caso de la suspensión de pagos ni en las situaciones de ausencia. En el primer caso, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo al señalar que la declaración de suspensión de pagos no produce ninguna limitación de la capacidad de obrar del suspenso ante la inexistencia de norma que así lo establezca<sup>21</sup>. En el segundo supuesto, el ausente mantiene plenamente su capacidad procesal pero, debido a la situación fáctica del desconocimiento del lugar en que se encuentra, es preciso acudir al mecanismo de la representación para que puedan ser defendidos sus derechos de forma adecuada en el proceso (art. 181 CC).

Finalmente, el art. 7.3 LEC contiene una previsión especial relativa al *nasciturus*, señalándose que comparecerá en juicio la persona que legítimamente lo representaría si ya hubiera nacido<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Así lo establece la jurisprudencia en las SSTS 30 de junio de 1978 (RJ 1978/2629), de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994/914), de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998/4002).

<sup>20</sup> Apartado que entrará en vigor en septiembre de 2004.

<sup>21</sup> Entre otras, SSTS de 9 de abril de 1985 (RJ 1985/1686), 23 de octubre de 1991 (RJ 1991/7235), 19 de abril de 1993 (RJ 1993/2890), de 18 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9148), 6 de marzo de 1998 (RJ 1998/1121).

<sup>22</sup> Siguiendo el criterio recogido en el art. 627 CC para la aceptación de las donaciones hechas al concebido y no nacido.

## 2.- *Personas jurídicas*

Las personas jurídicas a quienes se le reconozca personalidad jurídica también tienen capacidad procesal, sin embargo, por su propia naturaleza deben comparecer en juicio por medio de quienes legalmente les representen (art. 7.4 LEC), en cuanto carecen del soporte físico necesario para realizar actos procesales. En consecuencia, será necesario acudir a las normas de constitución de cada persona jurídica para determinar qué órganos ostentan la representación de la misma.

## 3.- *Entes sin personalidad jurídica*

Como una consecuencia del reconocimiento en el art. 6 LEC de capacidad para ser parte a determinados entes que carecen de personalidad jurídica, el art. 7 LEC enumera la persona u órgano que debe actuar en el proceso en su nombre.

Al igual que ocurre con las personas jurídicas, desde el momento en que se les reconoce capacidad para ser parte, la capacidad procesal no plantea dudas pero, debido a la falta de soporte físico de estos entes, es necesario determinar quién realizará los actos procesales dentro del juicio, tarea de la que se ocupa el art. 7 LEC en los apdos. 5 a 7. Concretamente:

- a) Por *las masas patrimoniales o patrimonios separados* comparecerán en juicio quienes legalmente sean sus administradores (art. 7.5 LEC).
- b) Por los *entes sin personalidad jurídica* a quienes la ley reconoce capacidad para ser parte, actuarán las personas a las que la ley atribuye la representación en juicio (art. 7.6 LEC).
- c) Por los *grupos de consumidores y usuarios* afectados comparecerán las personas que, de hecho o en virtud de pactos, actúen en su nombre frente a terceros (art. 7.7 LEC). Parte aquí el legislador de un grupo con caracteres muy concretos, que cuenta con un gestor *de facto* que viene gestionando los intereses del mismo fuera del proceso, sin embargo, suele ser habitual que los consumidores afectados por un hecho dañoso no actúen en el tráfico como grupo, no tengan un fin común o una organización y, por tanto, no existan personas que actúen en nombre del grupo frente a terceros. Puede ocurrir que, una vez producido el hecho dañoso constituyan una asociación *ad hoc* para la mejor defensa de sus intereses, pero entonces los que los representen serán los que determinen los estatutos de la propia asociación<sup>23</sup>. Al margen de este supuesto, la determinación de la persona que actuará en juicio en nombre del grupo dependerá normalmente de los pactos o acuerdos del grupo que se establecerán, por ejemplo, en una asamblea de perjudicados.

---

<sup>23</sup> SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil...*, op. cit., pág. 39.



Sin duda, la falta de regulación en nuestra ley procesal de los requisitos de validez y eficacia de la elección de representante provocarán innumerables casos de impugnación de la capacidad procesal o de representación del grupo actor<sup>24</sup>.

- d) Por las *uniones sin personalidad* y las *sociedades irregulares* comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en el tráfico en nombre de ellas (art. 7.7 LEC).

En el caso de las sociedades irregulares, aunque se trata de entes que no son personas jurídicas porque no han cumplido todos los requisitos exigidos para su válida constitución, al actuar en el tráfico como si lo fueran, no será difícil determinar quién actúa en su nombre frente a terceros, ya sea de hecho o en virtud de pacto. En cambio, en las uniones sin personalidad la situación puede ser más complicada al tratarse de uniones provisionales e informales. A este respecto, podría utilizarse aquí la diligencia preliminar del art. 256.1.1º LEC para determinar quién es la persona que representa al ente al que se pretende demandar; aunque no habría obstáculo alguno para demandar al propio ente, siendo éste el que tiene la carga de comparecer en el proceso con el representante de que se trate.

**Artículo 8. Integración de la capacidad procesal.- 1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella otra persona.**

**2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél.**

**En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal.**

#### *1.- Nombramiento de defensor judicial*

En aquellos supuestos en que tenga que intervenir en un proceso una persona física que no esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que carezca de la representación o asistencia de la persona que venga exigida por la ley, el art. 8.1 LEC ordena al juez el nombramiento, a través de providencia, de un defensor judicial que asumirá interinamente su representación y defensa hasta que se proceda a la designación de la persona que deba representarla o asistirla.

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup> I., *La tutela de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002, pág. 143. Continúa señalando esta autora que nada dice la ley sobre cómo debe acreditarse la representación, con lo que no se alcanza a comprender si basta con la simple afirmación del que comparece en nombre del grupo, con la consiguiente inseguridad jurídica para el demandado, o si es necesario el documento que lo acredite según la prescripción general del art. 264.2 LEC.

El art. 8.1 LEC debe ponerse en relación con el art. 7.2 LEC que obliga a las personas que no están en pleno ejercicio de sus derechos civiles a acudir al proceso mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. Nuevamente, debemos acudir a las normas de derecho sustantivo para conocer en qué casos es necesario el nombramiento de defensor judicial. Concretamente, el art. 299 CC enumera los supuestos en que es necesario ese nombramiento: cuando exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador<sup>25</sup>; cuando, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñen sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar su cargo<sup>26</sup>; en todos los demás casos previstos en el Código Civil<sup>27</sup>. A estos supuestos deben añadirse aquellos otros en que la propia LEC exige el nombramiento de un defensor, como puede ser el caso del presunto incapaz o pródigo cuando, en el juicio iniciado por el Ministerio Fiscal, comparece sin representante (art. 758 LEC).

En cualquiera de los supuestos anteriores, el juez procederá al nombramiento de aquella persona que considere "idónea para el cargo" (art. 300 CC), sin que existan aquí limitaciones a la discrecionalidad judicial. En lo que respecta a las funciones del defensor judicial, aunque la LEC alude en su art. 8.1 a la defensa y representación en juicio, éstas no tienen nada que ver con la postulación procesal que corresponde a abogado y procurador cuando así lo exige la propia norma procesal. El defensor judicial realizará en juicio los actos que la persona capaz habría podido realizar por sí misma, compareciendo, por tanto, en aquellos casos en que no sea preceptiva la intervención de abogado y procurador.

Finalmente, en cuanto al procedimiento que debe seguir el órgano jurisdiccional para el nombramiento del defensor judicial, el art. 8.1 LEC alude únicamente a que la resolución que debe dictar el mismo será una providencia, sin hacer ninguna alusión al procedimiento a seguir; esta falta de previsión nos obliga acudir al art. 300 CC que se remite a las normas generales de jurisdicción voluntaria, concretamente los arts. 1811 a 1824 LEC de 1881, que continúan vigentes hasta la aprobación de la nueva Ley de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con la disposición derogatoria única LEC<sup>28</sup>.

## *2.- Actuación del Ministerio Fiscal*

Para todos los supuestos en que deba procederse al nombramiento de un defensor judicial a la parte pasiva del proceso y ante la demora que puede derivarse del mismo, el art. 8.2 LEC prevé que será el Ministerio Fiscal quien asuma la representación y defensa del demandado hasta que

---

<sup>25</sup> Igualmente, art. 163 CC.

<sup>26</sup> Esto ocurrirá en el procedimiento de remoción del tutor (art. 249 CC) o mientras no se resuelva sobre la excusa presentada por el mismo para el desempeño de su cargo (art. 256 CC).

<sup>27</sup> Sería el caso, por ejemplo, de los ausentes (art. 181 CC).

<sup>28</sup> Un argumento a favor de esta interpretación se encuentra en el hecho de que el art. 300 CC no se ve afectado por la disposición derogatoria única LEC.

se designe a aquella persona<sup>29</sup>, quedando en todo caso en suspenso el proceso hasta que no conste la intervención del organismo público.

Se trata de una medida garantizadora del derecho de defensa de la parte pasiva del proceso, habida cuenta de los plazos existentes para la actuación del demandado y la demora que se puede producir en el nombramiento del defensor judicial; no se prevé, en cambio, la intervención del Ministerio Fiscal para la defensa del demandante, en cuanto la demora en el nombramiento del defensor judicial no perjudica, en principio, el derecho de quien debe formular la pretensión; sin embargo, si excepcionalmente se conoce algún supuesto en que el derecho del demandante se vea afectado por la tardía presentación de la demanda, también deberá asumir el Ministerio Fiscal la defensa y representación y, por tanto, presentar la demanda.

En lo que respecta a las funciones que debe desempeñar en Ministerio Fiscal, frente a lo que ocurre con el defensor judicial, comprenden no sólo las actuaciones que podría haber realizado la persona con plena capacidad, sino también la postulación procesal, debiendo asumir el ente público la representación procesal y la defensa técnica, sin que sea necesaria la intervención de abogado y procurador, aunque ésta sea preceptiva.

En todos aquellos supuestos en que deba intervenir el Ministerio Fiscal ante la falta de defensor judicial, el órgano jurisdiccional deberá acordar la suspensión del procedimiento mientras que no tenga constancia de que el ente público ha asumido la representación y defensa del presunto incapaz (art. 8.2 LEC); de no ser así, si el procedimiento continúa sin garantizar de una forma adecuada el derecho de defensa de la parte, se estaría vulnerando el art. 24.1 CE y, por tanto, estaríamos ante una nulidad de actuaciones de acuerdo con el art. 225.3 LEC, que podrá ser acordada de oficio de conformidad con el art. 227.2 LEC<sup>30</sup>.

**Artículo 9. *Apreciación de oficio de la falta de capacidad.*- La falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso.**

La capacidad para ser parte y la capacidad procesal constituyen auténticos presupuestos procesales, en cuanto condicionan la válida emisión por el órgano jurisdiccional de una sentencia sobre el fondo del asunto<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> En coherencia con la previsión general contenida en el art. 3.7 EOMF que ordena al ente público "asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de los menores y desvalidos"

<sup>30</sup> En el mismo sentido, se pronuncian los arts. 238.3 y 240.4 LOPJ.

<sup>31</sup> Es significativa al respecto la STS de 9 de octubre de 1993 (RJ 1993/8175) cuando señala que "la personalidad, comprensiva de las cualidades necesarias para comparecer en juicio -capacidad para ser parte y capacidad

Habida cuenta de la amplitud con que se regula la capacidad en nuestra ley procesal, no suelen plantearse excesivos problemas con relación a la misma, sobre todo en lo que respecta a la capacidad para ser parte. Ambas modalidades de capacidad deben afirmarse desde el momento inicial del proceso, esto es en la demanda, aunque, al igual que ocurría durante la vigencia de la ley procesal civil de 1881, no existe norma alguna que obligue a las partes a acreditar su concurrencia; solamente en el caso de representación legal o voluntaria de las personas físicas o necesaria de las personas jurídicas, es necesario acompañar a la demanda o a la contestación el documento que acredite la representación que el litigante se atribuye y por la que se presenta en juicio (art. 264.2 LEC).

La no presentación de esos documentos podría ser subsanada en la audiencia previa del juicio ordinario, pues al permitir el art. 420 LEC la posibilidad de subsanación de defectos de capacidad o representación en la audiencia, implícitamente permite la presentación en ese momento del documento omitido, si de esa manera se produce la subsanación. En los juicios verbales, el art. 443.3 LEC permite considerar la cuestión como dudosa, pero debe tenerse en cuenta el principio general de subsanación del art. 233 LEC, que apoya la interpretación en sentido positivo.

La falta de capacidad para ser parte es, por su propia naturaleza, un requisito de carácter insubsanable, de modo que se tiene personalidad o se carece de ella; por el contrario, los defectos relativos a la falta de capacidad procesal pueden ser subsanados, pudiendo ser suplida o adquirida su falta a través de los distintos mecanismos que establece la ley.

Pero la cuestión verdaderamente importante dentro del tema de la capacidad se refiere a quien, el juez o las partes, puede poner de manifiesto la falta de capacidad, cuestión a la que se dedican los apartados siguientes:

#### *1.- Control de oficio*

De acuerdo con lo establecido en el art. 9 LEC, la falta de capacidad para ser parte y capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional en cualquier momento del proceso; y aunque la ley no aluda a ello de forma expresa, también podrá apreciar la falta de acreditación de la representación cuando ella es necesaria, en los términos apuntados anteriormente.

Sin duda, es un acierto del legislador el confiar al juez la vigilancia de oficio de este presupuesto procesal, cuya falta puede obstaculizar la obtención de un pronunciamiento de fondo; sin embargo, quizás debió ser más rotundo en la redacción del art. 9 LEC donde utiliza la expresión "podrá ser apreciada de oficio por el tribunal", lo que puede llevar a pensar que el control de la falta de capacidad por el juez es simplemente una facultad judicial y no un deber del órgano jurisdiccional. No obstante, pese a esa defectuosa redacción, debe entenderse que el legislador

---

procesal-, integra, para todo tipo de proceso, un verdadero presupuesto procesal... y su falta determina una sentencia absolutoria en la instancia".

está imponiendo al juez el deber de controlar de *motu proprio* la falta de capacidad de las partes en el proceso.

Esta toma en consideración por el juez de la falta de capacidad podrá hacerse en momentos distintos:

- a) En principio, podría decirse que el juez deberá apreciar en el momento de admisión de la demanda ya sea la falta de capacidad del demandante o la falta de la debida acreditación de la misma, siempre que en ese momento cuente con datos suficientes que le permitan realizar ese control; sin embargo, esta apreciación en este momento inicial que, por otra parte, aparece como el momento más idóneo para ello, se encuentra con una dificultad derivada de la previsión del art. 403.1 LEC que sólo permite al juez inadmitir la demanda en los casos y por las causas expresamente previstas en la ley. Concretamente, los arts. 404 y 440 y concordantes LEC prevén el examen *a limine litis* por parte del juez de la jurisdicción, y la competencia objetiva y territorial, siempre que ésta venga establecida de forma imperativa. A estos supuestos se añaden, además, los casos en que concurre alguna de las causas tasadas de inadmisión del art. 403.3 LEC para determinados procesos con especialidades.

Probablemente, la razón de la falta de sintonía entre esas normas y el art. 9 LEC se deba a la introducción tardía de este último precepto en el texto definitivo de la ley como consecuencia de la aprobación de una enmienda durante su tramitación parlamentaria.

Por tanto, si el juez aprecia un defecto de capacidad en el examen inicial de la demanda, deberá dictar un auto de inadmisión, si se trata de un requisito insubsanable o, en caso contrario, una providencia ordenando no dar curso a la demanda y concediendo un plazo de diez días al demandante para que proceda a la subsanación del defecto, aplicando aquí analógicamente el art. 418 LEC, regulador de la audiencia previa. En ambos casos, la resolución judicial se dictará sin conceder una previa audiencia al demandante y, menos aún al demandado, en cuanto éste todavía no ha sido emplazado.

También el juez podría apreciar la falta de capacidad de alguna de las partes a la vista de la contestación a la demanda presentada por el demandado, siendo necesario, en este caso que, con carácter previo a su resolución, o bien convoque a las partes a una vista *ad hoc* para permitirles las alegaciones que estimen oportunas, o bien plantee la existencia del posible defecto procesal en el trámite de la audiencia previa. En cualquiera de los dos supuestos, el juez podría dictar auto poniendo fin al proceso si se trata de un requisito insubsanable o conceder un plazo no superior a diez días a la parte de que se trate para que proceda a la subsanación, si el defecto es de carácter subsanable.

- b) Otro momento idóneo para el control judicial de la falta de capacidad será en la audiencia previa del juicio ordinario y en la vista del juicio verbal; los arts. 414.1 y 415.1 LEC permiten llegar a esta conclusión para el procedimiento ordinario y el art. 443.3 LEC para el juicio verbal.

Apreciados en la audiencia defectos de capacidad, si son subsanables se podrán corregir en el acto y, si ello no es posible, se concederá un plazo no superior a diez días con suspensión de la audiencia (art. 418.1 LEC). Si, por el contrario, el requisito fuera insubsanable o no se subsane en el plazo concedido, se dictará auto poniendo fin al proceso, salvo que el defecto afecte a la personación en forma del demandado, en cuyo caso se le declarará en rebeldía (art. 418.2 y 3 LEC).

- c) Finalmente, de acuerdo con el tenor literal del art. 9 LEC, el órgano jurisdiccional podrá apreciar cualquier defecto de capacidad en todo momento del proceso, incluido el de la sentencia; en consecuencia, advertido por el juez no sólo la falta de capacidad de alguna de las partes, ya sea inicial o ya sea sobrevenida, sino también de un tercero que intervenga en el proceso a través de los trámites de los arts. 13 o 14 LEC, lo pondrá de manifiesto a través de la correspondiente resolución, sin que exista aquí límite alguno establecido por nuestra ley procesal civil.

## 2.- Control a instancia de parte

También las partes del proceso podrán poner de manifiesto los defectos relativos a la capacidad tanto del demandado como del demandante e incluso de un tercero que haya solicitado la intervención en el proceso:

- a) En lo que se refiere al demandado, el art. 405.3 LEC prevé para el juicio ordinario que éste alegue en la contestación a la demanda “las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”; previsión similar se contiene en el art. 443.2 LEC para el juicio verbal, imponiéndose al demandado la carga de alegar las cuestiones relativas a “cualquier hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia de fondo”. En el primer caso, el presunto vicio de capacidad será examinado en la audiencia previa (art. 416.1.1ª LEC)<sup>32</sup>, mientras que en el juicio verbal se llevará a cabo en el acto de la vista una vez que el demandante haya expuesto los fundamentos de lo pedido en la demanda sucinta o la ratificación de la demanda ordinaria (art. 443.2 LEC).

El demandado no puede alegar su propia falta de capacidad procesal, ya se trate del supuesto en que comparece un menor o un incapacitado o, si haciéndolo a través del mecanismo de la representación, no acredita la misma en la forma exigida por la ley procesal<sup>33</sup>. Sí podrá, en cambio, denunciar su falta de capacidad procesal cuando el

---

<sup>32</sup> Como acertadamente señala MORENO CATENA (*El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., pág. 96) pese a que el legislador sitúa la discusión sobre las cuestiones relativas a la capacidad después del intento fallido de conciliación, carece de sentido que si falta la capacidad de alguna de las partes se intente lograr la conciliación.

demandante dirija su demanda directamente contra el representante, cuando éste no tiene la que se le atribuye. Igualmente también podrá alegar la falta de capacidad para ser parte o procesal del demandante.

b) Más limitadas son las posibilidades de alegación de vicios de capacidad del demandante, que no podrá denunciar su propia falta de capacidad de parte o procesal ni la del demandado, en cuanto ambas han sido afirmadas por él mismo en su demanda, lo que supondría una actuación en contra de sus propios actos; sí podrá, en cambio, alegar la falta de representación o inadecuación de la misma con que ha comparecido el demandado en el proceso.

El momento idóneo para ello es la audiencia previa del procedimiento ordinario de acuerdo con el art. 418.1 LEC o la vista del procedimiento verbal (art. 443.3 LEC).

Ahora bien, puede ocurrir que el defecto de capacidad, tanto relativo al demandante como al demandado, sea sobrevenido, esto es, que aparezca con posterioridad a la audiencia previa, en cuyo caso, aplicando lo dispuesto en el art. 391 LEC, la cuestión habrá de plantearse por cualquiera de las dos partes como de previo pronunciamiento en la forma prevista en el art. 392 LEC, resolviéndose de acuerdo con el art. 393 LEC.

Igualmente, cualquiera de las dos partes del proceso podrá alegar un vicio de capacidad del tercero que ha solicitado la intervención en el proceso en la audiencia que les concederá el órgano jurisdiccional con carácter previo a su decisión sobre la injerencia del tercero (art. 13.2 LEC). Igual oportunidad se concederá al demandante, en el caso de intervención provocada a instancia del demandado, en la audiencia que se le concede con carácter previo a la decisión sobre esa intervención (art. 14.2.1ª LEC).

**Artículo 10. Condición de parte procesal legítima.- Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.**

**Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.**

Con carácter previo al análisis de la legitimación, es preciso poner de manifiesto, utilizando las palabras de GÓMEZ ORBANEJA, que se trata de uno de los conceptos "más debatidos y al mismo tiempo más confusos del Derecho Procesal"<sup>34</sup>, sin que, a día de hoy, se pueda decir que la cuestión está aclarada. En efecto, la doctrina procesalista no ha alcanzado a realizar una construcción conceptual estable y la jurisprudencia sigue transmitiendo en sus sentencias una gran inseguridad al tratar el tema. Por ello, teniendo en cuenta el carácter de este comentario, no se trata de realizar un estudio profundo sobre la legitimación sino de partir de una postura

---

<sup>33</sup> No debe olvidarse que el art. 264 LEC exige al demandado la acreditación de la representación que se atribuye, de tal forma que dirigida la demanda contra un menor, será necesario acreditarla.

<sup>34</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil* (con Herce), v. I, Madrid, 1969, pág. 127.

determinada para poder desde ahí proponer soluciones a los problemas que surgen en la práctica.

Frente a lo que ocurre con la capacidad para ser parte o la capacidad procesal, que se configuran como presupuestos genéricos que deben concurrir en las partes en todo tipo de pretensión jurisdiccional que se ejercite, la legitimación hace referencia siempre a una vinculación del sujeto procesal de que se trate con la relación jurídica material que se debate en un concreto proceso.

Normalmente, la concreta relación que se exige de la parte con el objeto procesal es la titularidad de la cuestión jurídica debatida en el proceso, lo que se denomina *legitimación ordinaria*; sin embargo, el ordenamiento jurídico permite en ocasiones que personas que no son titulares de la relación jurídica debatida en el proceso intervengan en el mismo en nombre propio y en interés propio, tratándose entonces de *legitimación extraordinaria*. A ambas modalidades de legitimación alude el legislador en el art. 10, apartados primero y segundo, respectivamente.

A los dos tipos de legitimación el legislador añade un tercero, que no deja de ser más que una concreción de la legitimación extraordinaria en cuanto permite en el art. 11 LEC la intervención de las asociaciones para la defensa de los intereses de consumidores y usuarios.

A estas tres modalidades de legitimación se dedicarán los apartados siguientes, pero con carácter previo es preciso analizar determinadas cuestiones que son comunes a todos los tipos de legitimación previstos en los arts. 10 y 11 LEC.

Una primera cuestión de relevancia es la relativa a la naturaleza jurídica de la legitimación en cuanto se trata de dilucidar si estamos ante una cuestión de fondo o, por el contrario, es un presupuesto procesal. La aclaración de este dilema exige necesariamente partir de la consideración de que para poder iniciar válidamente un proceso sobre una cuestión concreta a la parte se le exige capacidad para ser parte y capacidad procesal y además que afirme que es parte legítima, sin que, como norma general se requiera en el momento inicial del proceso que acredite esa condición en cuanto ésta deberá ser demostrada a lo largo del mismo a través de los correspondientes medios de prueba, siendo resuelta en la sentencia.

En efecto, el juez cuando procede a dictar sentencia sobre el fondo, con carácter previo realiza un análisis de la legitimación que, normalmente, se halla implícito y presupuesto en la propia decisión sobre el fondo y sólo se aparece de forma explícita cuando la legitimación ha sido objeto de discusión en el proceso<sup>35</sup>.

En consecuencia, la legitimación constituye un presupuesto de fondo del derecho a obtener la tutela judicial concreta en la sentencia que se dicte; así lo ha manifestado el propio Tribunal Constitucional en los siguientes términos: “En puridad (la legitimación) no constituye excepción

---

<sup>35</sup> MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., pág. 107.



o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto”<sup>36</sup>.

Esto significa que la sentencia que se pronuncia sobre la falta de legitimación, activa o pasiva, es una resolución sobre el fondo que produce todos los efectos de cosa juzgada, impidiendo de esta forma un nuevo planteamiento de la cuestión por esas mismas partes que ven denegado su carácter de parte legítima.

Dilucidada la naturaleza jurídica de la legitimación, se procede ahora al estudio de su tratamiento procesal, lo que exige previamente analizar la forma de acreditar la legitimación en nuestra ley procesal, tema íntimamente ligado a sus posibilidades de control en el proceso.

En principio, la legitimación únicamente tiene que ser afirmada por la parte para permitir el inicio y la tramitación de un proceso concreto<sup>37</sup>. Sin embargo, en ocasiones, esta simple manifestación de la condición de parte legítima no es suficiente para abrir un proceso, exigiendo el legislador la acreditación inicial de la legitimación para poder admitir la demanda y, por consiguiente, sustanciar el proceso.

En efecto, existen determinados procesos en los que nuestra ley procesal exige justificar la legitimación en el momento de la presentación de la demanda, de tal forma que el juez pueda considerar que el litigante tiene la condición de parte legítima. En esos casos, no se trata de probar plenamente la legitimación sino de presentar un principio de prueba de la misma.

Así, hay preceptos en la ley que imponen al demandante la presentación con la demanda de documentos que acrediten documentalmente su derecho y, por tanto, su condición de parte

---

<sup>36</sup> STC 214/1999, de 11 de noviembre de 1991.

También el Tribunal Supremo se ha referido a la legitimación como presupuesto de fondo diferenciándola de la capacidad que sí se configura como un auténtico requisito procesal. Entre otras, SSTs de 27 de abril de 1990 (RJ 1990/2803), 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9926), 26 de marzo de 1991 (RJ 1991/2450), de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991/3704), 16 de junio de 1991 (RJ 1991/4433), 2 de diciembre de 1991 (RJ 1991/8904), 9 de octubre de 1993 (RJ 1993/8175), 22 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8780), 3 de junio de 1996 (RJ 1996/4718), 17 de mayo de 1999 (RJ 1999/3347).

En este mismo sentido, considerando la legitimación como una cuestión de fondo: CORDÓN MORENO, F., *De nuevo sobre la legitimación*, RDP, núm. 1, 1997, págs. 66 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pág. 93; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Proceso civil práctico* (dir. Gimeno), vol. I, Madrid, 2001, págs. 2-108; MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., pág. 107.

Por el contrario, para otro sector doctrinal la legitimación es una cuestión procesal; entre otros: MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Algunas reflexiones sobre la legitimación en el proceso civil*, "La Ley", t. IV, 1996, pág. 1498; MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (un intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, págs. 87 y ss..

<sup>37</sup> Es significativa a este respecto la STS de 3 de junio de 1988 (RJ 1988/4735) cuando señala que “no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio, lo que significa que basta la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado para fundar necesaria y suficientemente la legitimación para obrar, de manera que la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte del proceso, dado que sólo existe como tal en el proceso ejercitando su actividad jurídica por medio de la acción, con lo que el significado de la legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes de un proceso concreto”.

legítima: las demandas de retracto deberán ir acompañadas de los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden (art. 266.3 LEC); en los procesos de alimentos las demandas deberán ir acompañadas del documento que justifique el título en cuya virtud se reclama (art. 266.2 LEC); en el caso de la tercería de dominio deberá aportarse con el escrito inicial un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista (art. 595.3 LEC); en sentido similar, la demanda de tercería de mejor derecho deberá ir acompañada de un documento acreditativo del crédito preferente del tercerista (art. 614.1 LEC); en las demandas de determinación o impugnación de la filiación es necesario acompañar un principio de prueba de los hechos en que se funde (art. 767.1 LEC); la certificación del Registro de la Propiedad en el proceso para la protección de los derechos reales inscritos (art. 439.2 LEC); el requerimiento de pago y la certificación de la inscripción registral en las pretensiones derivadas del incumplimiento de un contrato de venta de bienes muebles a plazos o de arrendamiento financiero (art. 439.4 LEC).

A la vista de lo expuesto y, teniendo en cuenta que la legitimación es una cuestión de fondo, no es posible un control previo de su falta en el proceso; en consecuencia, si la legitimación activa o pasiva se hubiera cuestionado, debe resolverse en la sentencia cuando se aborde el fondo del asunto, aunque siempre con carácter preliminar a esta decisión, de tal forma que si se estima la falta de legitimación, se absolverá al demandado sin entrar en la cuestión litigiosa planteada por las partes. Por tanto, la legitimación carece de un tratamiento procesal específico y separado en la práctica totalidad de los casos<sup>38</sup>.

Ahora bien, siendo lo anterior la norma general, cabe plantearse la posibilidad de un control previo de la legitimación en dos casos concretos: de un lado, cuando en el escrito de demanda se evidencia claramente la falta de legitimación del actor; de otro, cuando la propia ley procesal exige la acreditación inicial de la legitimación.

De los dos supuestos planteados, el segundo no genera ningún tipo de dudas en cuanto ya el art. 269 LEC prevé que el juez dictará auto de inadmisión de demanda en todos aquellos casos de falta de aportación de los documentos del art. 266 LEC<sup>39</sup>. Sin embargo, no establece de forma expresa la ley la inadmisión en otros casos como en la impugnación de la filiación o en los procesos matrimoniales ante la falta de presentación de la certificación del matrimonio. Siguiendo a MORENO CATENA debe entenderse que en todos los supuestos en que la ley exige como requisito para entrar en el proceso la justificación de la legitimación, el juez debe apreciar de oficio su falta y conceder un plazo no superior a diez días al actor para su subsanación, dictando en caso de no subsanarse el defecto auto de inadmisión de demanda<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., pág. 112.

<sup>39</sup> Precepto que se cierra con una cláusula abierta que exige acompañar a la demanda "aquellos otros documentos que ésta u otra ley exija para la admisión de la demanda", lo que incluye los documentos que prevé el art. 439 LEC para el juicio verbal o el principio de prueba por escrito que se debe acompañar en el caso de la tercería de mejor derecho en el art. 614.1 LEC.

<sup>40</sup> MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., pág. 115.

En definitiva, en la generalidad de estos casos, no se trata de controlar la falta de legitimación en sentido estricto sino más bien su falta de acreditación<sup>41</sup>.

Más problemáticas resultan las situaciones en que la legitimación aparece negada en la propia demanda en cuando la ley procesal establece que la demanda "sólo se inadmitirá en los casos y por las causas previstas en la ley" (art. 403 LEC), lo que podría llevarnos a entender que el juez no podría inadmitir de oficio la demanda en los casos de falta absoluta de legitimación ante la inexistencia de una norma que así lo disponga expresamente.

Además, debe tenerse en cuenta que la exigencia de cobertura legal para la inadmisión de la demanda debe interpretarse en sentido estricto en cuanto el principio *pro actione*, al que se alude de forma reiterada en el la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, obliga a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada que imposibilite o dificulte el acceso a la justicia, debiendo actuar, por el contrario, de la forma que sea más favorable al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>42</sup>.

Ahora bien, los supuestos a los que se aluden son muy excepcionales y poco probables en la práctica<sup>43</sup>, y para resolverlos debe partirse de la lectura del art. 10.1 LEC, que permite una interpretación favorable al control inicial de oficio de la legitimación en aquellos casos en que en el propio escrito de demanda se evidencia su falta, pues si el actor no aparece como titular del derecho material debatido o si la falta de legitimación del demandado es manifiesta, no se puede considerar que se trate de la parte legítima a que alude el citado precepto<sup>44</sup>.

Por otra parte, si la falta de legitimación se deduce de forma clara de la demanda también debe plantearse la posibilidad de alegación por el demandado como si se tratase de una cuestión procesal y debiendo resolverse en el trámite de audiencia previa; a esta conclusión se llega realizando una interpretación amplia del art. 425 LEC que ordena "la resolución de circunstancias alegadas o puestas de manifiesto de oficio que no se hallen comprendidas en el artículo 416, se acomodará a las reglas establecidas en estos preceptos para las análogas".

---

<sup>41</sup> CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., pág. 127.

<sup>42</sup> Entre otras, SSTC 140/1987, de 23 de julio; 95/1988, de 25 de mayo; 89/1989, de 21 de febrero; 12/1990, de 29 de enero.

<sup>43</sup> Pensemos en el demandante que reclama un derecho y afirma en su demanda que no es titular del mismo o dirige su reclamación frente a quien no es titular de la obligación.

<sup>44</sup> Así lo entienden también, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., págs. 113 y 114; SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil...*, op. cit., págs. 79 y 80.

Además, el Tribunal Supremo parece aludir a esa posibilidad de control de oficio de la legitimación; así la STS de 30 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9664) en un proceso de incapacitación en el que el demandante pide la declaración de incapacidad de su padre y para ello dirige su demanda frente a su hermana y al Ministerio Fiscal señala que "no deja de causar extrañeza que ni el juez de primera instancia ni la Audiencia, en sus respectivos momentos procesales, advirtieran tan elemental y burda incorrección procesal".

A saber, el precepto transcrito, al no realizar una enumeración tasada de las circunstancias que se pueden poner de manifiesto en la audiencia previa, pretende que este trámite posibilite el tratamiento de "cuestiones" que puedan ser examinadas de forma previa y se evite, en beneficio de las partes y de la propia Administración de Justicia, la tramitación de un proceso inútil. Por ello, la expresión "decisión judicial en casos de circunstancias procesales análogas a las expresamente previstas", que rubrica el precepto comentado, debe ser interpretada en un sentido amplio incluyendo el control de la falta de legitimación deducida de forma clara de la demanda, aunque no se trate de una cuestión procesal sino de fondo<sup>45</sup>. Un ejemplo en este sentido lo tenemos en el tratamiento procesal de la falta de litisconsorcio pasivo necesario que aunque supone una falta de legitimación pasiva y, por tanto, es una cuestión de fondo, el art. 420 LEC prevé su discusión y resolución en el audiencia previa, al igual que cualquier otro vicio procesal.

Realizadas estas consideraciones generales sobre la legitimación, se procede ahora al análisis de sus distintas modalidades.

### 1.- Legitimación ordinaria

Como ya se ha apuntado, el legislador define la legitimación ordinaria en el art. 10.1 LEC en los siguientes términos: "serán consideradas partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso".

Normalmente, en el proceso civil la legitimación ordinaria corresponde al titular de la relación jurídica debatida en el proceso<sup>46</sup>, de tal forma que la norma general en este ámbito es que la parte material de la relación jurídica coincida con la parte procesal.

Sin embargo, el proceso no siempre tiene por objeto una relación jurídica con un titular de un derecho subjetivo y un obligado frente al mismo, que configuran de forma clara quiénes están legitimados; por el contrario, en ocasiones, esa "titularidad" no nos permite determinar a los sujetos legitimados para intervenir en el proceso. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los procesos no dispositivos como el de incapacitación o los matrimoniales donde es la propia ley la que determina expresamente qué sujetos pueden solicitar la tutela. Aquí la legitimación no se determina por la titularidad de derechos u obligaciones sino por encontrarse las partes en una situación jurídica que el propio ordenamiento regula de forma expresa<sup>47</sup>.

En definitiva, serán partes legítimas todos aquellos que por la situación en la que se encuentran en relación con la cuestión debatida en el proceso, el derecho las considera aptas para iniciar el

---

<sup>45</sup> Igualmente, MORENO CATENA, V., *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., págs. 114; SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil...*, op. cit., págs. 79 a 82.

<sup>46</sup> Así, el art. 24 CE reconoce a toda persona el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en defensa de "sus derechos".

<sup>47</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Proceso civil práctico...*, págs. 2-102 y 103.

mismo; aptitud que puede derivar de la titularidad del derecho que se debate en el proceso o simplemente de un interés<sup>48</sup>.

## 2.- Legitimación extraordinaria

Además de la legitimación ordinaria, y como una excepción a ésta, el art. 10.2 LEC regula la legitimación extraordinaria permitiendo el acceso al proceso a personas distintas al titular siempre que la ley así lo disponga; de esta forma, frente a la norma general, se reconoce condición de parte legítima a quien no es titular del derecho que se pretende hacer valer en juicio.

El supuesto más característico de legitimación extraordinaria es la sustitución procesal en que una norma de derecho material faculta a una persona para actuar en el proceso en nombre propio y en interés propio pero ejercitando un derecho ajeno, en cuanto no es titular de la relación jurídica que se debate en el proceso; sería el caso de la acción subrogatoria prevista en el art. 1111 CC; o las acciones directas como la del art. 76 Ley del Contrato de Seguro.

También son supuestos de legitimación extraordinaria aquéllos en que la parte demandante pretende la tutela de determinados derechos de los que no es titular, pero lo hace, no en interés propio, como en el caso de la sustitución procesal, sino en interés ajeno, concretamente en interés del titular del derecho que se hace valer en juicio<sup>49</sup>; sería el caso de los Colegios profesionales cuando reclaman honorarios de sus colegiados o las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual (art. 105 Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, Texto refundido de la Ley de Propiedad intelectual, según la nueva redacción derivada de la disp. final 2ª.4 LEC).

Un supuesto similar al expuesto se contempla en el art. 11 LEC cuando reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados; al mismo, debido a su relevancia, se dedica el apartado siguiente.

**Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.- 1.- Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.**

**2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.**

---

<sup>48</sup> SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil...*, op. cit., pág. 74.

<sup>49</sup> Es un supuesto entre la sustitución procesal y una representación legal u orgánica, lo que ha llevado a DE LA OLIVA SANTOS (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op. cit., pág. 97) a denominarlo "legitimación representativa".

**3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.**

**4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8º. estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.**

Como supuesto concreto de legitimación extraordinaria se prevé en el art. 11 LEC la intervención de las asociaciones para la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, aludiéndose tanto a los intereses colectivos como a los difusos.

Precisamente, una de las grandes novedades de la nueva ley procesal civil es la atención que se presta a la tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios. Es consciente el legislador de que en el marco socioeconómico que se vive en el momento actual no basta con ofrecer protección individual, sino que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE obliga a superar el individualismo liberal característico de nuestra derogada ley procesal civil, ofreciendo a los ciudadanos una adecuada protección de los intereses colectivos y difusos, en la línea ya iniciada por otros cuerpos normativos vigentes<sup>50</sup>.

A la hora de proceder a esta tutela de los derechos e intereses de consumidores y usuarios no prevé el legislador un procedimiento especial, limitándose a regular una serie de especialidades que introduce en los lugares oportunos del articulado de la ley procesal<sup>51</sup>, entre las que se encuentra la legitimación del art. 11 LEC<sup>52</sup>.

No es éste el momento ni el lugar para realizar un análisis exhaustivo sobre los diversos criterios que se han manejado por la doctrina sobre la calificación de los intereses como colectivos, ni para examinar todos y cada uno de los problemas sustantivos generados ante la tutela de estos derechos. Se partirá en este comentario del concepto considerado más idóneo de interés colectivo y, desde ahí, se analizarán las cuestiones procesales más relevantes y su repercusión práctica.

En los distintos preceptos de la ley dedicados a diseñar la tutela de los consumidores y usuarios, no determina el legislador el sentido del interés colectivo, sino que simplemente lo contrapone al de interés difuso, aludiendo el primero al supuesto en que los afectados estén determinados o

---

<sup>50</sup> Mención especial merecen los arts. 7.3 LOPJ y 20. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios.

<sup>51</sup> Así, la propia Exposición de Motivos (apdo. VII) señala que "no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos".

<sup>52</sup> Otras previsiones legales sobre consumidores y usuarios son: Así, en materia de capacidad para ser parte (art. 6.1.7º LEC), capacidad procesal (art. 7.7 LEC), llamamiento e intervención en el proceso (art. 15 LEC), acumulación de procesos (art. 78.4 LEC), efectos de la sentencia (art. 221 LEC) y ejecución de sentencia (art. 519 LEC).

sean de fácil determinación y, el segundo, a aquel otro en que no estén determinados. Al margen de esta clasificación, el concepto general de “interés colectivo” integra, siguiendo a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, los denominados intereses supraindividuales, entendiéndose por tales los intereses legítimos compartidos por una categoría o conjunto de personas que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que disfrutan simultánea y conjuntamente de forma concurrente o exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad; esto es, se trata de un interés de todos y de cada uno de ellos, en la misma medida y por el hecho de ser miembros del grupo genéricamente afectado. De otro lado, pueden existir también los supuestos de pluralidad de derechos conexos, en cuanto derechos subjetivos individuales de cada uno de sus titulares, si bien el conflicto fáctico y, por tanto jurídico, puede adquirir un alcance plural, por encontrarse involucradas una multitud de personas<sup>53</sup>.

El art. 11 LEC contiene una norma en su apartado primero que, con carácter general, establece, al margen de la legitimación individual de cada particular consumidor afectado o perjudicado por el acto ilícito del consumo<sup>54</sup>, que “las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios”<sup>55</sup>.

El precepto transcrito permite hacer una distinción entre los diversos supuestos de actuación procesal de las asociaciones de consumidores y usuarios:

En primer término, la asociación puede actuar en el proceso en defensa de un derecho o interés propio que se considere lesionado. Es este caso, se trata de un supuesto de legitimación ordinaria del art. 10.1 LEC que permite acudir al proceso al titular del derecho o relación jurídica debatida en el proceso.

En segundo término, la asociación acudirá al proceso para defender los derechos e intereses de sus asociados, asumiendo en este caso la posición de un representante voluntario en el mismo; representación que deriva de la afiliación o relación representativa entre los asociados y la asociación<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. Cordón, Armenta, Muerza y Fernández Tapia), vol. I, Pamplona, 2001, pág. 144 y 145; págs. 211 a 213.

<sup>54</sup> Literalmente nos dice el art. 11.1. LEC “sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados”.

<sup>55</sup> Precepto que repite de forma casi literal el contenido del art. 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios.

<sup>56</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil...*, págs. 153 y 154.

En el mismo sentido, GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup> I., *La tutela de consumidores y usuarios en el proceso civil...*, op. cit., 147 y 148; MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil...*, op. cit., págs. 59 a 61.

Ese carácter de representante se deduce de la misma literalidad del art. 20.1 LGDCU que faculta a las asociaciones de consumidores y usuarios para “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos”.

En tercer y último lugar, se permite que la asociación acuda al proceso en defensa de lo que la ley de nomina "intereses generales de los consumidores y usuarios", debiendo entenderse por tales los intereses supraindividuales, es decir, los intereses legítimos de una categoría de sujetos afectados por un hecho ilícito<sup>57</sup>.

En este caso, la asociación ostenta legitimación extraordinaria<sup>58</sup>, en cuanto pretende la tutela de derechos de los que no es titular, y lo hace en interés propio, como en el caso de la sustitución procesal, en cuanto la finalidad estatutaria de la misma es la defensa de los intereses de consumidores y usuarios (art. 20.1 LGDCU) pero también en interés ajeno, concretamente en interés del titular del derecho que se hace valer en juicio.

Por otra parte, en los apartados 2 y 3 del art. 11 LEC se establecen los sujetos legitimados, atendiendo a la determinación de los perjudicados por el hecho dañoso.

De un lado, el art. 11.2 LEC dispone que cuando los perjudicados por el hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios perfectamente determinados o cuya determinación sea fácil, la legitimación para la protección de los intereses que la ley denomina "colectivo" corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las "entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos"<sup>59</sup> y a los grupos de afectados.

De otro lado, el art. 11.3 LEC señala que cuando los perjudicados por un hecho dañoso sea una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de los "intereses difusos" corresponderá "exclusivamente" a las asociaciones de consumidores y usuarios que conforme a la ley sean representativas.

Por último, el art. 11.4 LEC señala que "Asimismo, el Ministerio fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios".

---

<sup>57</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil...*, págs. 156.

<sup>58</sup> En este mismo sentido, GONZÁLEZ CANO, M<sup>a</sup> I., *La tutela de consumidores y usuarios en el proceso civil...*, op. cit., pág. 147.

Ahora bien, son muy dispares las opiniones doctrinales a la hora de calificar la legitimación de las asociaciones en este supuesto; así, entre otros, para ACOSTA ÁLVAREZ (*Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, 1995, pág. 131) las asociaciones actúan en el proceso como representantes de los consumidores y usuarios; en cambio, BUJOSA VADELL (*La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, pág. 330) considera que se trata de una legitimación ordinaria *sui generis*; mientras que MORENO CATENA (*El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios...*, op. cit., págs. 110 y 111) entiende que estamos ante una legitimación extraordinaria derivada del interés general.

<sup>59</sup> No es fácil determinar a qué entes se refiere el legislador con la expresión "entidades legalmente constituidas", siguiendo a GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES (*Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil...*, pág. 162) puede entenderse que se trata de entidades que no tengan por naturaleza y objeto exclusivo la defensa de los consumidores y usuarios, así las asociaciones de padres, de vecinos, profesionales, etc. Además, también podrían incluirse las cooperativas de consumidores y usuarios (art. 20.2 LGDCU).



Ya se ha apuntado que este apartado ha sido introducido en nuestra ley procesal por la Ley 39/2002, cuyo objeto es la transposición al ordenamiento español de la directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios; en consecuencia, la citada norma adiciona determinados preceptos a la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>60</sup> y se modifican también las leyes sustantivas que regulan los ámbitos en lo que la Directiva exige la introducción de la acción de cesación<sup>61</sup>.

En lo que respecta al art. 11.4 LEC, atribuye legitimación para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, de un lado al Ministerio Fiscal y, de otro, a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la citada acción de cesación.

En el primer caso, la atribución de legitimación al Ministerio Fiscal no supone ninguna novedad pues distintas leyes especiales ya contenía una mención al organismo público para el ejercicio de la acción de cesación; por citar alguna: el art. 16 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; el art. 10.ter.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, entre otras.

En el segundo, también las entidades legalmente habilitadas por la normativa comunitaria aparecen nombradas, entre otras, en las leyes anteriores; además, podrían entenderse incluidas en el art. 11.2 LEC cuando utiliza la expresión “entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos” (los consumidores y usuarios).

De lo anteriormente expuesto se deriva que el legislador ha introducido este apartado en un afán de sistematización y exhaustividad, pero que, sin embargo, no aporta nada significativo.

---

<sup>60</sup> En concreto, en los arts. 6, 11, 52, 221, 250, 711 y 728 LEC.

<sup>61</sup> Vid. a este respecto el exhaustivo trabajo de GONZÁLEZ GRANDA, P., *La tutela de la pretensión colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios afectados en el proceso civil...*, op. cit., págs. 654 y ss.

## Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 12 y 420

Raquel López Jiménez

Ayudante Doctor de Derecho Procesal  
Universidad Carlos III de Madrid

252

Art. 12. *Litisconsorcio*.-

1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir.
2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.

Art. 420. *Posible integración voluntaria de la litis. Resolución en casos controvertidos de litisconsorcio necesario*.-

1. Cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, podrá el actor, en la audiencia, presentar, 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.

El demandante, al dirigir la demanda a los litisconsortes, sólo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquellas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir.

2. Si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oír a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto que deberá dictar en el plazo de cinco días siguientes a la audiencia. En todo caso, ésta deberá proseguir para sus restantes finalidades.
3. Si el tribunal entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 404, quedando entre tanto suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones.
4. Transcurrido el plazo otorgado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá fin al proceso y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones.

La mayoría de los procesos civiles se desarrollan entre dos personas, es decir, cada una de las posiciones procesales está ocupada por una parte: una demandante y otra demandada. Esta dualidad de partes no significa que sólo dos personas hayan de intervenir siempre como tales en el proceso, una en la postura del actor y otra en la del demandado, puesto que en cada una de esas posturas

pueden figurar varios sujetos, formando una parte única, pero compleja<sup>1</sup>. En este sentido, se suele hablar de pluralidad de partes para hacer referencia no a un proceso en el que existan más de dos posiciones, sino a un proceso en el que una pluralidad de sujetos intervienen como parte demandante o demandada.

Así, es bastante frecuente que, en la práctica, la pretensión sea ejercitada por varios demandantes y/o frente a varios demandados. En tales supuestos, cuando en la posición activa o pasiva del proceso hay varios sujetos, se habla de pluralidad de partes.

La pluralidad de partes es un fenómeno consecuencia de la legitimación plural<sup>2</sup>. En este sentido, está bastante asumido por la doctrina que los problemas relacionados con el litisconsorcio hay que residenciarlos en la concepción que se tenga de la legitimación.

Esta pluralidad de partes puede darse en el proceso de manera originaria o de manera sobrevenida, como regla general. Cuando la pluralidad de partes es originaria, se habla de litisconsorcio; cuando es sobrevenida, se habla de intervención procesal.

La nueva LEC viene a colmar, en principio, la laguna que existía en la LEC de 1881 y regula en sus arts. 12, 416.3 y 420 la figura del litisconsorcio o pluralidad de partes que, anteriormente, se solucionaba única y exclusivamente de acuerdo con lo mantenido por la doctrina y la jurisprudencia. Decimos en principio porque la LEC, aún cuando expresamente menciona la figura litisconsorcial, sin embargo, deja sin tratar muchas cuestiones que se suscitan en relación con la pluralidad de partes.

El litisconsorcio podría ser definido como la pluralidad de sujetos procesales que actúan en posición de parte en un mismo proceso, bien sea como demandantes (litisconsorcio activo), bien sea como demandados (litisconsorcio pasivo), bien como demandantes y demandados (litisconsorcio mixto).

Por otro lado, también se puede establecer una clasificación de la pluralidad de partes en el proceso dependiendo del fundamento de su actuación en conjunto. Esta clasificación atiende a criterios de oportunidad o de necesidad. Así, la pluralidad de personas en una posición de parte procesal puede obedecer únicamente a la decisión espontánea de los propios sujetos de comparecer unidos en el proceso; en este caso, se trataría de un litisconsorcio facultativo o voluntario. Sin embargo, la comparecencia conjunta puede venir impuesta por la propia naturaleza del derecho controvertido en el proceso, de esta forma, el ordenamiento jurídico impone la obligatoriedad de presentar la demanda conjuntamente por varias personas o frente a varias personas y estaríamos hablando del litisconsorcio necesario.

---

<sup>1</sup> PRIETO CASTRO (1972), *Derecho Procesal civil*, Primera Parte, Madrid, pág. 319.

<sup>2</sup> MONTERO AROCA (2001), *Derecho jurisdiccional, II, Proceso Civil*, (con Gómez Colomer; Montón Redondo y Barona Vilar), Valencia, pág. 83.

En el primero de ellos, el facultativo, a la pluralidad de sujetos que actúan en posición de parte corresponde una pluralidad de relaciones sustantivas/materiales controvertidas y, por tanto, una pluralidad de acciones que se acumulan y tramitan en un mismo proceso. La acumulación de estas acciones viene permitida por la ley, por razones de conexión, economía u oportunidad.

Finalmente, otro de los criterios para clasificar al litisconsorcio puede ser el de atender al momento de formación del litisconsorcio, por lo que éste puede ser inicial o sucesivo. En este sentido, cuando la demanda es propuesta inicialmente por todos o contra todos, se da origen al litisconsorcio inicial o también llamado originario; no obstante, cuando la pluralidad de sujetos se origina una vez iniciado el proceso, se da lugar al litisconsorcio sucesivo o sobrevenido. Las figuras que, de manera sobrevenida, pueden dar a un litisconsorcio son la intervención, la sucesión y la acumulación de autos.

El art. 12 de la LEC es el que regula la pluralidad de partes inicial y a él va dirigido nuestro comentario.

Se dispone en el art. 12, párrafo primero, de la LEC que *podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo «título» o «causa de pedir»*. En este precepto se ofrece la posibilidad o se deja a la voluntad de las partes, demandantes o demandadas, de comparecer unidas en el proceso con la única exigencia de que las acciones que ejerciten provengan de un mismo «título» o «causa de pedir».

La referencia que hace la Ley a la comparecencia en juicio de varias personas, ya sea desde el lado activo o desde el pasivo, obedece únicamente a la voluntad del demandante y no a la voluntad del demandado, esto es, que haya anuencia de todos los demandantes en el litisconsorcio voluntario activo o la voluntad del demandante único de demandar a varios en el litisconsorcio voluntario pasivo.

La acumulación voluntaria lo es siempre a instancia de parte. No se puede exigir al actor realizar dicha acumulación y éste puede, según estime oportuno, dar lugar a la acumulación o interponer las pretensiones en distintos procesos.

Con el término litisconsorcio se describen, con base en datos puramente formales, dos fenómenos procesales bien diversos: la acumulación subjetiva de pretensiones y el proceso único con pluralidad de partes. En este último no hay acumulación de acciones porque no hay pluralidad de objetos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> MONTERO AROCA (1981), *Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, págs. 239 y ss.

Podemos hablar, por tanto, cuando hay un litisconsorcio facultativo, de una acumulación subjetiva de acciones distintas en cuanto a los sujetos pero aunadas en un solo proceso por la conexión que existe entre ambas o, con mayor exactitud, se debería hablar de una acumulación objetiva-subjetiva, porque toda acumulación requiere por naturaleza varias pretensiones y cuando, además, es subjetiva, exige una pluralidad de partes, tantas parejas de contradictores cuantas sean las pretensiones acumuladas.

El fundamento del litisconsorcio voluntario, que no es sino el de la acumulación, consiste en facilitar el tratamiento conjunto de problemas de naturaleza semejante. Para saber cuáles son los presupuestos y efectos del litisconsorcio voluntario, necesariamente nos tenemos que remitir a lo dispuesto en el art. 72 de la LEC relativo a la regulación legal de la acumulación subjetiva de acciones.

Luego, siendo tanto el litisconsorcio voluntario como la acumulación subjetiva de acciones dos formas de una misma manifestación, es lógico que el legislador exija como condición o presupuesto para que las partes comparezcan en el proceso unidas, tanto en el art. 12.1 como en el art. 72 de la LEC, que las acciones provengan de un mismo «título» o «causa de pedir». Más concretamente, en el art. 72 se preceptúa que "Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir". En este artículo además se aclara el significado de «título» o «causa de pedir» al disponer que "el «título» o «causa de pedir» es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos".

Entendemos que «título» se asimila a «fundamento jurídico» o «causa de pedir». Sin embargo, consideramos que, aunque designan una misma realidad, esto es, el fundamento o la razón de pedir en sentido propio, ciertamente no son términos equivalentes. De esta forma, cabe precisar que aunque en ambos casos se trata del fundamento de hecho de las pretensiones, el título hace referencia más específicamente al contrato donde se documenta un negocio jurídico, mientras que la causa de pedir hace referencia, en general, a los hechos constitutivos contemplados por una norma jurídica y en los que las partes fijan sus pretensiones. En definitiva, aun cuando son términos o conceptos diferentes, ambos designan una misma realidad; los dos nos sirven para poder acumular las acciones en un mismo proceso. Aunque algunas veces la jurisprudencia ha confundido el «título» con la «causa de pedir», como regla general, ha entendido que son conceptos alternativos y, por tanto, diferentes. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que «conviene recordar que, en la práctica, se entiende que título alude a negocio jurídico y causa de pedir al hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como también que, en general, la jurisprudencia considera la causa de pedir como el acaecimiento de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición (...)» [STS de 3 de octubre de 2000 (RJA 8133/2000)].

No obstante, consideramos que lo verdaderamente importante no es tanto delimitar dichos términos sino más bien saber qué es lo que conforman dichos conceptos, esto es, si solo los hechos jurídicamente relevantes o si, además de los hechos, también las normas jurídicas que le son aplicables.

En este sentido, en el último párrafo del art. 72 de la LEC se indica que el «título» o «causa de pedir» es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. Por tanto, del tenor literal de este artículo se desprende que lo importante para permitir el litisconsorcio voluntario o la acumulación subjetiva de acciones son los hechos y no su fundamentación jurídica. En definitiva, el legislador pretende zanjar la cuestión de la identificación de la «causa de pedir» al reconducirla a los hechos, con lo que parece seguir la teoría de la sustanciación, conforme a la cual el fundamento jurídico no es un elemento determinante de la causa de pedir a efectos de delimitación del objeto del proceso. Sin embargo, no debemos olvidar lo especificado en el art. 400.2 de la LEC que, literalmente, indica que «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». Aquí, por el contrario, el legislador parece acoger la teoría de la individualización, en contraposición con la de la sustanciación, por lo que la interpretación que se haga del art. 72 de la LEC debe ser puesta en relación con la del art. 400.2 de la misma Ley. En definitiva, hay que intentar conciliar o llegar a un término intermedio entre los fundamentos de ambas teorías, sin tener que aplicar exclusivamente una u otra, lo que dependerá del tipo de tutela que se pretenda conseguir, distinguiéndose entre las acciones de condena, declarativas o constitutivas.

Dejando a un lado la cuestión apuntada y sin perjuicio de que sean exclusivamente los hechos o la fundamentación fáctica lo que nos posibilite acumular las acciones en un mismo proceso, la correlación entre el art. 12 y el 72.2 de la LEC no es absoluta, pues en este último precepto se hace referencia, no sólo a la identidad del título o causa de pedir, sino también a la conexidad, por lo que entendemos que se amplía el ámbito de aplicación de la acumulación subjetiva de acciones a supuestos donde el «título» o la «causa de pedir», no siendo idéntico, es semejante u homogéneo. En este sentido, la identidad exige una igualdad entre todos los elementos que conforman una cosa, mientras que la conexión precisa únicamente la coincidencia o igualdad de alguno o algunos de sus elementos. Esto ocurrirá, como señala la doctrina, cuando las diversas acciones se funden en la misma «clase de hechos», aunque los concretos hechos históricos que sustentan cada pretensión sean diferentes. Por ejemplo, cuando los distintos compradores de los pisos de un inmueble demandan a la constructora por vicios en sus viviendas: en estos casos, los hechos en que se basa cada acción son distintos (para cada comprador, los concretos vicios apreciados en su vivienda); pero estos hechos son homogéneos, razón por la cual, en la práctica, se circunscriben a unidad de términos<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> GASTÓN INCHAUSTI Y DE LA OLICA SANTOS (2002), *Acumulación subjetiva de acciones: conexidad de la causa de pedir*, en *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Madrid, pág. 106.

La flexibilidad del art. 72 con respecto al art. 12 de la LEC, conforme al cual basta la conexión para acumular varias acciones en un mismo procedimiento, era desconocida en la anterior legislación.

Entendemos que, siendo el litisconsorcio voluntario nada más que una acumulación subjetiva de acciones, la norma contenida en el art. 12.1 de la LEC resulta innecesaria y podría haberse eliminado sin ninguna dificultad ya que, como acabamos de ver, genera confusión en cuanto se refiere al ámbito de aplicación. No obstante, se trata de una divergencia más aparente que real ya que la intención del legislador al regular en el art. 12.1 la pluralidad de partes es la de dejar constancia de la existencia de tal posibilidad en el proceso civil pero no la de regular exhaustivamente en ese precepto todos los requisitos. Ello, entendemos, se hace en el art. 72.1 de la LEC al concretar la acumulación de acciones.

Además, desde el punto de vista práctico, la distinción carece de consecuencias por dos razones. La primera de ellas, porque el régimen jurídico es el mismo tanto para el litisconsorcio voluntario como para la acumulación de acciones y, la segunda, porque la jurisprudencia permite la conexión impropia para constituir el litisconsorcio voluntario, por lo que se permitirá una acumulación de acciones entre varios demandantes y/o demandados, y así un litisconsorcio voluntario, cuando las acciones se funden en un mismo documento, en los mismos hechos o en hechos conexos.

A mayor abundamiento, señala la doctrina que la diferente redacción entre el art. 12 y el art. 72 de la LEC puede deberse a que este último artículo recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada al hilo de la aplicación e interpretación del art. 156 de la LEC de 1881, respecto de las cuales establece la doctrina de la flexibilidad, pues basta con que a las acciones cuya acumulación se pretende no les alcancen las prohibiciones de los arts. 154 y 157 para que, aunque el supuesto no se encuentre en la literalidad del art. 156, proceda la acumulación, siempre que entre las acciones acumuladas exista cierta conexidad jurídica que justifique el tratamiento unitario y la resolución conjunta<sup>5</sup>.

Además de los requisitos contemplados en el art. 12.1 de la LEC, es decir, que las acciones se funden en el mismo «título» o «causa de pedir», son presupuestos del litisconsorcio voluntario los que se prevén para la acumulación de acciones en el art. 73.1 de la LEC y esto se debe, como señalábamos con anterioridad, a que toda acumulación subjetiva de acciones es, a la vez o además, una acumulación objetiva de acciones, por lo que nos remitimos al comentario que se efectúe del art. 73 de la LEC.

La finalidad primordial del litisconsorcio voluntario es la de lograr la economía procesal mediante la discusión de los distintos asuntos en un único procedimiento y resolviéndolos en una sola sentencia. Sería antieconómico que un demandante que pretende plantear varias pretensiones contra una

---

<sup>5</sup> GUZMÁN FLUJA (2001), *El proceso civil*, Vol. I, Libro I: artículos 1 a 98 inclusive, (coord. Escribano Mora), Valencia, págs. 780 y 781.



persona (acumulación objetiva de acciones) o contra varias (acumulación subjetiva de acciones), tuviera que hacerlo en distintas demandas, ya que ello provocaría un incremento notable de los gastos procesales y del tiempo empleado en los distintos procedimientos. Sin embargo, aún existiendo una única sentencia, ésta debe contener tantos pronunciamientos separados cuantos sean los objetos procesales, ya que se trata de pretensiones distintas, pudiendo darse el supuesto de que una pretensión sea estimada y otra desestimada. En este sentido, la actuación de las partes es independiente, por lo que, de los actos realizados por una parte no derivan ni perjuicio ni beneficio para las otras. Cada parte es autónoma en la conducción procesal de su pretensión sin necesidad de actuar defendidas por un mismo abogado y representadas por un mismo procurador.

Así, los actos de disposición de las partes como el allanamiento, la renuncia, la transacción o el desistimiento, sólo afectan a la parte que los ha llevado a cabo y nunca a los demás litisconsortes. Tal es la autonomía en la conducción procesal de su pretensión que la LEC permite en su art. 301.1 la facultad de pedir el interrogatorio de un colitigante. Este interrogatorio, en principio, sólo debe perjudicar a la parte que ha contestado, sin perjuicio de la valoración que de tales circunstancias efectúe el juez para las demás pretensiones.

Por tanto, la suerte que pueda correr cada litisconsorte voluntario es independiente de la de los demás, por lo que sólo a él le perjudicará el incumplimiento de las cargas procesales o el descuido en el ejercicio de sus expectativas y derechos; y sólo él se beneficiará con su propia diligencia.

Finalmente, en cuanto a las costas, decir que como cada litisconsorte es independiente en el proceso, las costas serán sufragadas por cada uno de ellos si fueren vencidos, según se establece en el art. 394 de la LEC. Si hubiese temeridad en los actos de alguno de los litisconsortes afectará solamente a él con independencia de la conducta de los demás. Únicamente deberá hacerse un reparto de las costas causadas cuando las actuaciones procesales se hallan realizado en común.

En cuanto al segundo párrafo del art. 12.2 de la LEC, en éste se indica que “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

El legislador, en dicho artículo, sólo regula el litisconsorcio pasivo necesario y para nada menciona el activo. Entendemos que una de las principales razones por las que el legislador no ha regulado el litisconsorcio activo necesario es la de que se ha dejado llevar por la doctrina errónea del Tribunal Supremo sobre el litisconsorcio activo en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene declarado con respecto a la comunidad de bienes que “cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio y ejercitar acciones que competen a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la misma” [véase, por todas, STS de 10 de abril de 2001 (RJA 2001/6675)].

De la misma forma, en cuanto a la comunidad hereditaria ha manifestado el Tribunal Supremo que “los herederos, o cualquiera de ellos en beneficio de la herencia yacente y comunidad hereditaria que es como comparecieron y demandaron las actoras, es decir, en beneficio de la herencia, para lo cual por tanto, tenían la suficiente legitimación (...)” [véase, por todas, STS de 21 de octubre de 2002 (RJA 2002/10915)].

Del pronunciamiento de estas sentencias se aprecia que cualquiera de los comuneros puede plantear una demanda sin contar con ningún otro consorte. Los efectos de la sentencia se extenderán al resto de los comuneros que no presentaron la demanda, siempre y cuando sea en beneficio de la comunidad, teniendo en cuenta que dicha tesis tenía su base en el art. 1139 del Código Civil, que indica que cuando la división –en las obligaciones mancomunadas- sea imposible, sólo perjudicarán a los acreedores los actos colectivos de ellos; mientras que, para poder exigir la deuda de una pluralidad en caso de indivisibilidad es necesario dirigirse contra todos los deudores.

En suma, puede decirse que la práctica jurisprudencial, en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria, ha sido la de otorgar legitimación activa a cualquiera de los comuneros que pretendiese ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siendo el alcance de la sentencia desfavorable no perjudicial para los comuneros que no fueron parte en el procedimiento. Así las cosas, la jurisprudencia ha entendido que la legitimación del comunero viene determinada por su fundamento en el derecho común ejercitado y el resultado provechoso pretendido [STS de 6 de abril de 1993 (RJA 1993/2792)].

En definitiva, aún cuando la demanda debería de ser entablada por todos los copartícipes en conjunto para que esté bien constituida la relación-jurídico material, la práctica jurisprudencial, como decimos, ha sido la de permitir la presentación de la demanda a uno de los comuneros obteniendo los beneficios todos los demás.

Esta práctica ha sido muy criticada por la doctrina pues, además de conceder eficacia a la cosa juzgada *secundum eventum litis*, deja a la discreción del demandado el elegir si tener enfrente a un solo actor o, por el contrario, que vengan al proceso todos los titulares de la relación jurídica<sup>6</sup>.

A mayor abundamiento, todo esto se completa cuando la jurisprudencia admite que el comunero pueda ejercitar las acciones que puedan favorecer a los demás, pero no puede ser demandado solo, es decir, cuando se demanda a uno sólo o a varios de los partícipes de la comunidad, pero no a todos los que la integran, el convocado a juicio podrá oponer la excepción litisconsorcial fundamentando hallarse colegitimado y no legitimado pasivamente de forma individual [STS de 5 de abril de 1968 (RJA 1968/2038)]. Por tanto, se crea la necesidad del litisconsorcio pasivo, pero no el activo, lo que no tiene mucha justificación.

---

<sup>6</sup> MORENO CATENA (2001), *El proceso civil*, (coord. Escribano Mora), Vol. I., Valencia, pág. 130.

En conclusión, como indicábamos con anterioridad, aún ser cierto que en la práctica sólo son supuestos excepcionales los de litisconsorcio activo necesario, no debemos olvidar que en la vida cotidiana se dan, por lo que entendemos que la verdadera razón de que en la LEC sólo se tenga en consideración al litisconsorcio pasivo necesario se debe, no a que no exista ningún supuesto en la práctica, sino a que el legislador se ha dejado llevar por la inercia de una jurisprudencia errónea sobre el litisconsorcio activo en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria<sup>7</sup>.

La jurisprudencia ha confundido el tratamiento procesal del litisconsorcio activo con la naturaleza jurídica y aquí es donde se equivoca y lleva al legislador a entender que no existen supuestos de litisconsorcio activo necesario. Hay que partir de la consideración de la acción como derecho; derecho cuyo ejercicio es libre, por lo que no se puede forzar a nadie a promover la acción, ni siquiera por quienes resulten ser titulares de la relación de derecho material. Pero, a *sensu contrario*, nadie ha de quedar condicionado para formular su reclamación judicial a la voluntad de quien no desee accionar conjuntamente. En este sentido, entendemos, como también lo ha hecho la jurisprudencia, y de una forma rotunda, que no se puede obligar a nadie a ejercitar su derecho si no quiere hacerlo puesto que en el proceso civil rige el principio dispositivo, lo que significa que las partes son única y exclusivamente las dueñas de ejercitar la acción civil; ahora bien, tampoco sería lógico que porque alguno de los sujetos que integran la relación jurídico-material en la parte demandante no quisiera ejercitar la acción, la otra parte que compone dicha relación se viese obligada a permanecer pasiva, ya que, de lo contrario, el órgano jurisdiccional tendría que inadmitir la demanda por falta de legitimación activa [STS núm. 13/2002 (RJA 2002/420)]. Recientemente la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª), en la sentencia de 9 de febrero de 2004 ha manifestado en relación con el ejercicio por uno solo de los cónyuges cotitulares de la acción de retracto que *“en el supuesto examinado, en el que el marido cotitular de la finca retrayente ejercita individualmente la acción de retracto de colindantes --sin constar, en consecuencia, el consentimiento de su esposa--, resulta aplicable la doctrina sobre carencia de legitimación activa --insuficiencia-- de los casos en que algún miembro de la comunidad de bienes ejercita, en solitario, acción de retracto en su solo y exclusivo provecho, sin el concurso de los demás comuneros, que deberían refrendar su intervención, porque ningún copropietario puede imponer a los demás, por su sola iniciativa, una retracción sobre finca ajena en pro de la total comunidad, en la que todos acabarán contribuyendo al pago de su precio, sin haber podido intervenir en la decisión de compra, corriendo el riesgo de tener que pasar por cualesquiera condiciones adversas resultantes de la acción ejercitada. Y es que, en el caso, aun cuando se centre la litis en la sociedad conyugal de gananciales, el posible efecto perverso o perjudicial, que sobre el otro cónyuge cotitular puede causar la acción individual y exclusiva del comunero que toma la iniciativa y lo hace a título personal y provecho exclusivo, se mantiene íntegro (Cfr. TS S 17 Mar. 1962)”*.

Ahora bien, entendemos que esta doctrina debe ser interpretada adecuadamente en el sentido de que si la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no puede ejercitarse sino en forma

---

<sup>7</sup> MORENO CATENA, *El proceso civil*, op. cit., pág. 129.

conjunta y mancomunada con otro para que esté bien constituida la relación jurídico-material, cuando esto no sea así, ello se debe traducir en una falta de litisconsorcio activo necesario. Por el contrario, en estos casos la práctica jurisprudencial ha sido la de declarar la falta de legitimación activa cuando no está bien constituida la relación jurídico-material en la parte demandante y no declarar la falta de litisconsorcio activo necesario [véase, por todas, STS de 4 de julio de 1994 (RJA 1994/5547)]. En este sentido, el Tribunal Supremo ha aclarado en reiteradas ocasiones que “como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni sólo ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino de forma conjunta y mancomunada con otro sujeto se traducirá en una falta de legitimación activa, que, como tal, carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente legal y jurisprudencialmente excepción de litisconsorcio activo necesario” [STS de 10 de noviembre de 1994 (RJA 1994/8482)].

El mismo Tribunal Supremo no ha dudado en declarar que “no pueden equipararse la situación de litisconsorcio activo con la del pasivo, ni calificarse ambas de litisconsorcio necesario, por cuanto si bien es evidente que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, no es menos cierto el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros, a menos que la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no pueda ejecutarse, sino en forma conjunta y mancomunada con otro, lo que se traduciría en falta de «legitimatio ad causam», que al carecer de un presupuesto preliminar de fondo, basado en razones jurídico materiales, debiera conducir a una sentencia desestimatoria” [STS de 19 de diciembre de 2000, (RJA 2000/10127)].

El Tribunal Supremo encubre los supuestos de litisconsorcio activo necesario como falta de legitimación activa y es rotundo en decir que no se puede calificar de litisconsorcio necesario. A nuestro entender ahí está la equivocación porque sí existen en la práctica supuestos de litisconsorcio activo necesario pero el tratamiento que debe recibir no puede ser el mismo que el del litisconsorcio pasivo necesario. La solución lógica en estos casos sería anticipar la sentencia de fondo y dictar, por tanto, sentencia absolutoria, que no impediría que, posteriormente, los verdaderos titulares del derecho ejercitasen la acción contra el o los demandados<sup>8</sup>.

El legislador del 2000 da al problema de fondo una solución procesal y además parcial porque regula única y exclusivamente el litisconsorcio pasivo necesario. La razón por la que lo hace es, fundamentalmente, por razones de economía procesal, es decir, por aprovechar el trámite abierto por el actor. Así, en el art. 420 se permite que dentro de la audiencia previa al juicio el demandado pueda plantear la falta de litisconsorcio. Si el juez estima dicha falta ordena al actor dirigir la demanda contra los demás litisconsortes que en el caso de no hacerlo se procede al archivo de las actuaciones y se pone fin al proceso mediante una resolución en la forma, que no impide que posteriormente se presente una demanda cumpliendo con el litisconsorcio necesario. El legislador confunde el

---

<sup>8</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ (2003), *Derecho Procesal Civil*, Parte General, Madrid, pág. 111.

tratamiento procesal del litisconsorcio necesario con la naturaleza y al confundirlos llega a la conclusión de que no existen supuestos de litisconsorcio activo necesario. No se puede efectuar un mismo tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo necesario y del activo necesario porque, como hemos dicho anteriormente, el ejercicio de la acción es un derecho y no una obligación; no se puede obligar a nadie a ejercitar la acción, por tanto, de nada vale establecer mecanismos procesales para imponer la presencia de los litisconsortes en la demanda, pero ello no significa que no existan supuestos de litisconsorcio activo necesario.

Por el contrario, el legislador regula en el segundo apartado del art. 12 la figura conocida como litisconsorcio pasivo necesario. Hemos de decir que su sola inclusión legal supone una novedad con respecto al silencio que mantenía la anterior LEC de 1881 sobre los supuestos de litisconsorcio necesario tanto activo como pasivo. Ha sido el mismo Tribunal Supremo quien ha señalado que el llamado litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial regida por el designio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada que, a su vez, exige la presencia en el proceso de todos lo que debieron ser partes en el mismo como interesados en la relación jurídica controvertida [véase, por todas, STS de 21 de junio de 2000 (RJA 2000/5735)].

El presupuesto del litisconsorcio pasivo necesario lo determina la nueva LEC, en el apartado segundo de su art. 12, al mencionar «el objeto del juicio», es decir, la relación jurídico material controvertida y la tutela jurisdiccional solicitada, o sea, la pretensión ejercitada es la que determinará la necesidad del litisconsorcio.

En el art. 12.2 de la LEC no se ofrece una enumeración de los supuestos en que resulta necesario interponer la demanda contra una pluralidad de sujetos. Entendemos que éste es un criterio acertado ya que pertenece a las distintas leyes de carácter material establecer tales hipótesis. No obstante, para determinar en qué supuestos existe litisconsorcio pasivo necesario es obligado estudiar con anterioridad los presupuestos y fundamentos mismos de la institución.

El art. 12.2 de la LEC complementa lo especificado en el art. 5.2 de la LEC cuando en éste se establece que “las pretensiones de tutela judicial han de formularse frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida”. Aunque el art. 5.2 de la LEC se encuentra fuera del ámbito en el que se regula el litisconsorcio, sin embargo, parece que el legislador toma como referencia para exigir el litisconsorcio dos ideas de dichos preceptos. Así:

- 1) Artículo 12 de la LEC: la posibilidad de hacer efectivo el pronunciamiento
- 2) Artículo 5 de la LEC: la posibilidad de que pueda afectar el pronunciamiento, haciendo referencia a la extensión de la cosa juzgada.

Debemos decir que el litisconsorcio necesario tiene siempre su fundamento en el derecho material. Se da este tipo de litisconsorcio cuando se da una relación sustancial única a varios sujetos y la declaración jurisdiccional de la misma sólo puede ser cumplida con eficacia cuando todos ellos estén presentes en el proceso, ya que de otra forma se eludiría uno de los presupuestos esenciales del proceso y éste se habría desarrollado, por tanto, de forma incorrecta [STS de 9 de marzo de 2000 (RJA 2000/1514)]. Así, el litisconsorcio es necesario desde el comienzo del proceso, por lo que se corre el riesgo de que si no se interpone la demanda contra todos los demandados no sea admitida por el juez, quien puede incluso apreciar este defecto de oficio. Importante matiz este último ya que si el órgano jurisdiccional puede apreciar de oficio la falta de litisconsorcio pasivo necesario no estaremos ante una verdadera excepción procesal puesto que ésta solo puede ser alegada a instancia de parte.

Por tanto, el litisconsorcio pasivo necesario atiende, como su propio nombre indica, a la necesidad de la presencia de los litisconsortes en el proceso. En este sentido, el litisconsorcio pasivo es necesario cuando el ordenamiento jurídico impone que la demanda sea presentada frente a varios sujetos porque el derecho material pertenece en común a varios. A diferencia del litisconsorcio voluntario, en este tipo de litisconsorcio, al existir una relación material única para todos los litisconsortes, la ley no se limita a autorizar su comparecencia conjunta sino que exige la presencia de los litisconsortes en el proceso.

Para calificar de necesario al litisconsorcio, la doctrina y la jurisprudencia han tenido en cuenta, tanto el contenido y naturaleza de la relación jurídica material debatida en el proceso, como también y fundamentalmente el grado de afectación o intereses que en esa relación puedan tener las personas no llamadas al juicio por el actor.

Por tanto, para reputar de necesario al litisconsorcio se debe de atender al grado de afectación o de intereses que en la relación jurídica material debatida puedan tener los terceros no llamados al juicio por el demandante. En este sentido, para apreciar el grado de afectación se debe partir necesariamente de los efectos de la sentencia. De esta forma, el tercero no convocado por el demandante puede verse directamente afectado o perjudicado en sus intereses por la sentencia que se dicte en el proceso al que no ha sido llamado. Si ello es así, podemos hablar entonces de un litisconsorcio necesario.

Así, el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones que para que el litisconsorcio tenga el calificativo de necesario es exigencia imprescindible que el tercero no demandado en el juicio tenga un interés en éste tan «directo y legítimo» que pueda resultar perjudicado por la sentencia que en él recaiga [véase, por todas, STS de 30 de septiembre de 1994 (RJA 1994/7145)]. Si, por el contrario, si es un tercero no llamado a juicio a pesar de tener interés en el mismo y la sentencia que pueda recaer no le afecta de modo directo o trascendente sino sólo con carácter indirecto o reflejo, la doctrina jurisprudencial es la de no admitir la excepción litisconsorcial [STS de 3 de julio de 2001 (RJA 2001/4986)].

De esta forma, nosotros consideramos, al igual que la jurisprudencia, que el tercero que no ha sido llamado al proceso por el demandante, si tiene un interés en lo discutido en el proceso, pero este interés no es directo, puede intervenir en el mismo a través de la figura de la intervención adhesiva pero no litisconsorcial. El Tribunal Supremo expresamente ha declarado a este respecto que «no es de apreciar el litisconsorcio pasivo necesario cuando los posibles efectos se producen con carácter reflejo, bien por una lejana y mediata conexión, bien porque la relación material sobre la que se produce la declaración, les afecta con carácter prejudicial o indirecto «...ya que ello podría en todo caso producir una intervención adhesiva, más no litisconsorcial» [STS 31 de enero de 2001 (RJA 2001/537)].

Por lo que respecta al fundamento del litisconsorcio pasivo necesario, el Tribunal Supremo ha manifestado que el litisconsorcio pasivo necesario se rige por el principio impuesto a los órganos jurisdiccionales de cuidar que los litigios se ventilen con la presencia de todos aquellos que pudieran resultar afectados por el fallo, con la finalidad de evitar pronunciamientos contradictorios, impidiendo que alguien pueda ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, teniendo el litisconsorcio la condición de necesario cuando la pretensión ejercitada es obligada hacerla valer frente a varias personas, bien por establecerlo una norma positiva, bien por imponerlo la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida [STS de 2 de junio de 2000 (RJA 2000/3998)].

Añade, además, el Tribunal Supremo que, por ser el litisconsorcio pasivo necesario una institución jurisprudencial creada para mantener dos principios de orden público, la de la imposibilidad de condenar a persona alguna sin ser oído y otra, de carácter procesal, de evitar la posibilidad de que sobre el mismo asunto se dicten sentencias contradictorias, es por lo que no sólo se faculta al Tribunal para apreciar la falta de litisconsorcio pasivo necesario de oficio, sino que en atención a que afecta al orden público, y si parece patente la falta de litisconsorcio pasivo, se impone la obligación al órgano jurisdiccional de apreciarla de oficio dejando imprejuizada la cuestión, para que una vez se plantee en forma se pueda pronunciar respecto al fondo [STS de 24 de abril de 2003 (RJA 2003/3530)].

No obstante, todos estos argumentos apuntados por la jurisprudencia son erróneos, ya que el verdadero fundamento del litisconsorcio necesario es que el derecho material se ha de hacer valer por varios porque pertenece en mancomún a varios<sup>9</sup>. Hemos de decir que, en una orientación más moderna del Tribunal Supremo, así como en la mayoría de la doctrina científica, se advierte que no es el principio de audiencia el que fundamenta esta figura, sino que hay que ir al Derecho material, el cual nos especificará cuándo una determinada relación jurídico-sustantiva, por ser única, sólo puede ser deducida por el actor, presentando su demanda contra todos los sujetos que la componen. Sin embargo, entendemos que sólo el examen de la relación jurídico material no es suficiente para determinar la necesidad de la participación de varias personas en un proceso. Como mucho, ese

---

<sup>9</sup> MORENO CATENA, El proceso civil, op. cit., pág. 129.

examen nos indicará la existencia de un presupuesto necesario, cual es la existencia de una relación jurídico material plurisubjetiva, pero este presupuesto no basta para que exista la necesidad del litisconsorcio. Sería una equivocación afirmar que siempre que se cumpla este presupuesto el actor debe demandar a la pluralidad de sujetos legitimados.

De otro lado, la actual LEC, en la norma contenida en el art. 12.2, vincula la necesidad del litisconsorcio a la «efectividad de la tutela jurisdiccional solicitada», de manera que, cuando por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo se pueda hacer efectiva frente a varios sujetos todos ellos habrán de ser considerados, necesariamente, demandados.

El litisconsorcio pasivo necesario atiende, como su propio nombre indica, a la necesidad de la presencia de los litisconsortes en el proceso. Ahora bien, podemos hacer una subclasificación. Así, cuando la presencia de los litisconsortes en el proceso es exigida por la ley material podemos hablar de litisconsorcio propiamente necesario; por el contrario, y a diferencia del litisconsorcio propio, cuando la obligación de los litisconsortes de actuar unidos en el proceso no viene impuesta por la ley sino por la propia naturaleza de la relación jurídica, entonces podemos hablar de un litisconsorcio impropio o eventualmente necesario, cuasinecesario o especial<sup>10</sup>.

Ejemplos de litisconsorcio propio procedentes del derecho material serían entre otros: a) Obligaciones mancomunadas indivisibles, contemplado en el art. 1139 del Código Civil; b) Acción de nulidad del matrimonio ejercitada por el Ministerio Fiscal frente a ambos cónyuges contemplado en el art. 74 del Código Civil; c) Impugnación conjunta de la filiación paterna y materna cuando falte la posesión de estado contemplado en el art. 140 del Código Civil; d) Acción de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda por cesión incontestada, contemplado en el art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1967<sup>11</sup>; entre otros.

También podemos hablar de litisconsorcio necesario propio procedente de la ley procesal, como serían la tercería de dominio y la tercería de mejor derecho. Así, en el art. 600 de la LEC se indica que “la demanda de tercería se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado”. De esta forma, cuando el bien haya sido designado, la ley procesal exige un litisconsorcio pasivo necesario (ejecutante y ejecutado); en los demás supuestos, esto es, cuando el bien no hay sido designado, el litisconsorcio será voluntario.

Por otra parte, también se exige un litisconsorcio necesario en la tercería de mejor derecho cuando el crédito cuya preferencia alegue el tercerista no conste en un título ejecutivo. En estos supuestos, de acuerdo con el art. 617 de la LEC, el tercerista de mejor derecho debe presentar la demanda frente al

---

<sup>10</sup> PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, Vol. 1º, Madrid, 1973, pág. 73.

<sup>11</sup> La vigencia de esta norma se limita hoy única y exclusivamente a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del día 9 de mayo de 1985. De acuerdo a esta norma el arrendador debe demandar conjuntamente al cedente y al cesionario.



acreedor ejecutante y al ejecutado. En los demás supuestos, esto es, cuando el crédito no consta en un título ejecutivo, no se exige un litisconsorcio necesario.

Son supuestos, como decimos, en los que la relación jurídico material no puede ser objeto de una decisión jurisdiccional si no es en presencia de todos los titulares de la misma.

El litisconsorcio cuasinecesario, eventualmente necesario, propiamente no necesario o necesario virtual, así como el jurisprudencial, son figuras que, en general, se utilizan para explicar algunas situaciones jurídicas en las que, existiendo pluralidad de sujetos que actúan en calidad de parte en un proceso determinado, sin embargo, por la peculiaridad de los derechos reclamados no pueden reconducirse ni al litisconsorcio necesario ni al voluntario. Es así, que, en ocasiones, la relación jurídico-material deducida en el proceso exige que recaiga una resolución judicial uniforme para todos los litisconsortes, haciéndose necesaria su presencia en el proceso para evitar una sentencia ineficaz. La sentencia que se dicte afectará no sólo a las personas que figuran como partes en el proceso sino también a determinados terceros, concretamente a aquellos que el ordenamiento jurídico otorga legitimación *ad causam*. En esta clase de litisconsorcio la legitimación *ad causam* es siempre individual, ya que el derecho es de varios, pero no conjunta sino separadamente, de manera que el proceso puede llevarse a cabo válidamente aunque no hayan intervenido todos, puesto que la ley material no impone que todos hayan de demandar o ser demandados.

Todos estos supuestos han sido establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo en los últimos años por diversas razones, bien por el interés social, por su carácter práctico o para garantizar la seguridad jurídica, etc.

El ejemplo más claro que encuadra en este tipo de litisconsorcio es el supuesto de la solidaridad. El régimen jurídico de la solidaridad de las obligaciones es incompatible con el litisconsorcio necesario porque es intrínseco a la solidaridad el *ius variandi* del acreedor que, de acuerdo con el art. 1144 del Código Civil, "puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente". No obstante, dado que los deudores solidarios están en situación de igualdad de calidad, la resolución que recaiga les afectará a todos, hayan o no litigado. La relación jurídica llevada al proceso exige unicidad de fallo, así que la sentencia tendrá el mismo contenido estén todos los deudores solidarios o uno solo, y esta situación que, en la mayoría de los casos requiere limitar el principio de que el actor es el *dominus litis*, no conduce a un litisconsorcio necesario por expresa voluntad del legislador<sup>12</sup>.

Otro de los ejemplos paradigmáticos de este tipo de litisconsorcio está representado por el supuesto del proceso de impugnación de acuerdos sociales. Este supuesto ha sido recogido expresamente por el art. 222.3 III de la LEC al indicar que "las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubiesen litigado". La Ley en estos supuestos ha

---

<sup>12</sup> CARRERAS DEL RINCÓN (1990), *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, pág. 16.

previsto que los efectos del proceso puedan afectar a todos los accionistas, aún cuando no sean partes del mismo, con lo que la LEC, de forma expresa, introduce una extensión ultrasubjetiva de los efectos del proceso para los casos de impugnación de acuerdos sociales.

Hay muchos más supuestos de litisconsorcio necesario impropio; nosotros sólo hemos apuntado algunos de los ejemplos por la amplitud que supondría estudiar todos y cada uno de los supuestos que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han aportado.

En definitiva, podemos concluir que lo fundamental en el litisconsorcio necesario impropio es el grado de afectación que produce la sentencia sobre los no convocados al proceso, por lo que para averiguar si la resolución que se dicte afectará al litisconsorte preterido deberá examinarse en cada caso la proyección y profundidad de la acción ejercitada.

No obstante, en opinión de ASENCIO MELLADO, con la nueva regulación se ha erradicado la figura del litisconsorcio pasivo impropiamente necesario o jurisprudencial, por medio de distintas vías; la regulación expresa de lo que es el litisconsorcio pasivo necesario que supone la exclusión de los demás supuestos; la determinación de los efectos derivados de la cosa juzgada en el art. 222 de la LEC; y la regulación de la intervención procesal que tiene la finalidad de permitir la entrada al proceso de todos aquellos que pudieran verse afectados por la sentencia<sup>13</sup>.

En lo que hace referencia al tratamiento procesal de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ello viene regulado en el art. 420 de la LEC para el juicio ordinario. En este sentido, cuando no ha sido demandado alguno de los litisconsortes necesarios, en principio, de acuerdo a una interpretación literal de los arts. 405 y 420 de la LEC, la omisión tiene que ponerse de manifiesto por el propio demandado en la contestación a la demanda aunque, como a continuación veremos, también lo puede hacer el juez de oficio. De esta forma, la alegación en el juicio ordinario de la falta del debido litisconsorcio necesario se tiene que efectuar en la contestación a la demanda. Así, en el art. 405.3 de la LEC se establece que “También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”.

El examen de lo alegado por el demandado se llevará a cabo en la audiencia previa de acuerdo con el art. 416.1 de la LEC. Este artículo preceptúa “Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes: (...) 3ª Falta del debido litisconsorcio”. Por tanto, la alegación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario se tiene que poner de manifiesto en la contestación a la demanda para poder ser subsanada en el trámite de la audiencia previa al juicio ordinario.

---

<sup>13</sup> ASENCIO MELLADO (2000), *Derecho Procesal Civil*, Valencia, pág. 107.

Ahora bien, en la medida en que la denominada función saneadora de la audiencia previa tiene por finalidad precisamente examinar y resolver “sobre cualquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”, evitando con ello el que se dicten sentencias absolutorias en la instancia, la preterición del litisconsorcio necesario es un defecto apreciable de oficio; e inclusive, entendemos, puede ser reparado o subsanado por la parte demandante sin mediar previa denuncia del demandado ni apreciación de oficio. Además, el silencio del art. 405 de la LEC en cuanto a la posibilidad de que la falta del litisconsorcio pasivo necesario sea apreciada de oficio encuentra su cobertura legal en lo dispuesto en el art. 425 de la LEC, que permite apreciar de oficio circunstancias no previstas expresamente. Aunque si el art. 425 se interpreta literalmente la denuncia de la falta de litisconsorcio quedaría excluida, al estar comprendida en el art. 416 de la LEC. Sin embargo, la interpretación más coherente es entender que el art. 425 de la LEC permite, con carácter general, el control preliminar de cualquier impedimento de carácter procesal bien sea a instancia de parte o de oficio, como se deduce de lo afirmado en el apartado XII de la Exposición de Motivos de la LEC.

En cuanto a la alegación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el juicio verbal, debemos tener en cuenta que éste es un proceso en el que si bien la demanda es escrita, aunque sucinta (art. 437 LEC), la contestación a la misma se realiza de forma oral en el acto de la vista. El demandado contesta a la demanda en la primera parte del juicio o de la vista a la que son convocadas las partes.

En la vista se lleva a cabo lo que en el juicio ordinario se denomina fase intermedia y la fase propiamente del juicio (pruebas y conclusiones). De esta forma, el acto de la vista del juicio verbal sirve para que el demandante ratifique o complemente los términos de su demanda (art. 443.1 LEC), para que el demandado conteste a su demanda (art. 443.2 LEC), para que se resuelvan las cuestiones que se hayan podido suscitar (art. 443.3 LEC) y para que se practiquen las pruebas propuestas y admitidas (art. 443.4 LEC). Todas estas actividades pueden tener lugar en el desarrollo de la vista del juicio verbal.

Pues bien, de acuerdo con el art. 443, apartados 2 y 3 de la LEC, el demandado puede alegar en el acto de la vista la falta de litisconsorcio pasivo necesario, cuestión que será resuelta por el tribunal en la misma vista. Conforme al art. 443 de la LEC no cabe ningún tipo de recurso contra la resolución del órgano jurisdiccional desestimando el litisconsorcio necesario. Se exige en el mismo artículo en el apartado tercero que una vez oído el demandante sobre dicha cuestión procesal el tribunal resuelva y mande proseguir el juicio, el demandado puede pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga.

De acuerdo con este apartado, en el juicio verbal para recurrir en apelación la sentencia dictada en ausencia de alguno de los litisconsortes necesarios es presupuesto indispensable que el demandado haga constar expresamente en el acto de la vista su disconformidad, a diferencia del procedimiento ordinario donde en ningún artículo se exige ese presupuesto; única y exclusivamente en el art. 420.2

de la LEC se indica que “si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oirá a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto que deberá dictar en el plazo de cinco días siguientes a la audiencia (...)”. Por lo que, de acuerdo con este precepto, no es necesario que el demandado haga constar su disconformidad para que pueda recurrir en apelación.

Una de las novedades de la nueva LEC es el acogimiento dentro del proceso civil de la técnica de la subsanación. En este sentido, tan pronto como se aprecie la defectuosa constitución de la relación procesal (falta de litisconsorcio necesario) que puede venir tanto de oficio como por la vía de la alegación por la parte demandada, se debe proceder a subsanar dicho defecto con la finalidad de evitar que se produzcan resoluciones que no afecten internamente al fondo del asunto.

La posible integración voluntaria de la litis hace referencia a aquellos casos en los que el demandado alegue en la contestación a la demanda falta de litisconsorcio pasivo necesario (art. 405 LEC) y el demandante esté conforme con la alegación del demandado. En este supuesto, el demandante podrá presentar, en el trámite de la audiencia previa, escrito dirigiendo la demanda a aquellas personas que omitió en la misma y respecto de las cuales el demandado determine tal necesidad. Si el tribunal está de acuerdo, ordenará emplazarlos para que contesten a la demanda, suspendiendo la audiencia previa.

La doctrina se pregunta si el demandante, habiéndose dado cuenta de su error, puede presentar el escrito que incluya a los litisconsortes inicialmente omitidos, antes del trámite de la audiencia previa al juicio con la finalidad de ganar tiempo. La respuesta ofrecida por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, es que ello no es posible ya que se rompería la concentración del juicio ordinario, puesto que habría de dar traslado del escrito presentado al demandado o demandados iniciales, por si se opusieran a sus términos, lo que desembocaría en un incidente atípico, contrario al espíritu de la LEC de que todas estas cuestiones se traten y resuelvan concentradamente en una audiencia<sup>14</sup>.

Por otro lado, la demanda dirigida a los litisconsortes omitidos no puede suponer cambio de objeto procesal; en este sentido, lo único que se le permite al demandante es añadir las alegaciones imprescindibles para justificar las pretensiones contra los demás demandados.

Debemos señalar que con anterioridad a la nueva LEC de 7 de enero de 2000, y aprovechando la reforma de la LEC de 1881 producida en agosto por la Ley 34/1984, los Tribunales comenzaron a utilizar la comparecencia previa del juicio declarativo de menor cuantía para implantar en nuestro proceso civil, regulado entonces por la LEC de 1881, una especie de integración del contradictorio al modo del derecho italiano. Es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (RJA 1991/5408), la que refleja con mayor claridad el cambio jurisprudencial que se produjo en la doctrina

---

<sup>14</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ (2000), *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, pág. 185.

del Tribunal Supremo sobre la consideración o no del litisconsorcio como presupuesto procesal y el régimen procesal en consecuencia aplicable. Así, en la sentencia citada se indica que «después de la reforma de 1984 y tras las novedades introducidas en la regulación del juicio de menor cuantía, nada impide y así resulta aconsejable, cuando la necesidad del litisconsorcio sea manifiesta, que en el acto de la comparecencia, previsto por el artículo 693, se proceda a salvar la carencia de este presupuesto preliminar a la entrada en el fondo, bien se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez».

Lo que ha hecho el legislador del 2000 es incorporar explícitamente al articulado de la nueva LEC lo que en la práctica ya estaban haciendo los Tribunales con antelación, esto es, prever expresamente el trámite de la audiencia previa del juicio ordinario para subsanar la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

La nueva LEC configura la falta de litisconsorcio pasivo necesario como una defensa procesal, es decir, como una cuestión procesal que impediría la válida constitución de la relación procesal así como una sentencia sobre el fondo del asunto, en lógica coherencia con su naturaleza de presupuesto procesal; ello se desprende de lo preceptuado en el art. 405.3 (“También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”), en relación con el art. 416.1 de la LEC (“el tribunal resolverá (...), sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes: 3ª Falta del debido litisconsorcio).

El segundo de los supuestos que se regula en el art. 420 de la LEC, hace referencia al hecho de que el actor esté disconforme con la falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el demandado. En estos supuestos, el tribunal oír a las partes y, si las mismas no llegan a un acuerdo, podrá resolver la cuestión mediante auto dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, sin necesidad de suspenderla.

Si el auto que dirime tal discusión se pronuncia negativamente respecto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario denunciada por el demandado, a éste sólo le quedará la posibilidad de interponer recurso de reposición, que de acuerdo con los arts. 420.2 y 451 de la LEC, no tendrá efectos suspensivos.

Si, por el contrario, el tribunal estima el litisconsorcio, lo declarará así y concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados dispondrán de un plazo de veinte días (art. 404 de la LEC) para contestar a la demanda, suspendiendo mientras el proceso. Si el demandante no constituye el litisconsorcio en el plazo establecido, esto es, no dirige la demanda contra los litisconsortes omitidos, se pondrá fin al proceso

y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones. Contra este auto definitivo, de acuerdo con el art. 455.1 de la LEC podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de cinco días.

Con anterioridad al auto definitivo archivando las actuaciones, contra el auto que estime procedente el litisconsorcio necesario, si el actor se encuentra disconforme con la decisión judicial, podrá interponer recurso de reposición sin efectos suspensivos.

El legislador de la nueva LEC con su art. 420 ha intentado evitar los perjuicios que se ocasionaban a las partes el no poder integrar en el juicio ya iniciado a los litisconsortes necesarios preteridos, ya que la LEC de 1881 omitía cualquier regulación del litisconsorcio necesario. Como decimos, con el art. 420 de la nueva LEC se intentan solucionar los problemas que se ocasionaban a las partes cuando por la inobservancia del requisito de bien demandar todos los litisconsortes o que fuesen demandados todos, el juez dictaba sentencia de fondo pero negando la existencia del litisconsorcio necesario. La Ley ha intentado evitarlo de forma que ha dispuesto que cuando se dé el supuesto de un proceso iniciado sin estar bien constituida la relación jurídica material de la parte pasiva se puedan integrar en el mismo todas las personas, sin, necesariamente, tener el juez que dictar sentencia por falta del debido litisconsorcio.

En definitiva, la Ley ha permitido examinar la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la audiencia previa aun siendo un tema que afecta al fondo del asunto y entendemos que lo ha hecho por razones eminentemente prácticas ya que se permite que, aun siendo una cuestión que afecta a la legitimación y, por tanto, una cuestión de fondo sea examinada y resuelta en la audiencia previa del juicio ordinario evitando con ello que el juez llegue hasta el final del proceso dictando sentencia que niegue la existencia del litisconsorcio.

Una de las funciones que cumple la audiencia previa es la saneadora, es decir, permitir que en este trámite procesal se eliminen todos los obstáculos que pudieran evitar la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto litigioso. Dentro de esta función se puede, por tanto, encuadrar la integración voluntaria de la litis para evitar que el órgano jurisdiccional dicte una sentencia absolutoria en la instancia. En este sentido, la norma debe ser estimada positivamente ya que permite la integración del contradictorio en un momento procesal temprano, evitando así una sentencia que no pueda entrar en el fondo del asunto.

Por otro lado, para que la integración al pleito de las personas que debieron ser necesariamente demandadas y no lo fueron sea efectiva tiene que ser, en principio y de acuerdo a una interpretación literal de la Ley, advertida por el demandado. Como señalábamos anteriormente, de acuerdo con los arts. 405.3 y 416 de la LEC, el demandado tiene que haber hecho valer esta excepción en la contestación en la demanda con la finalidad de discutirse en el trámite de la audiencia previa. No obstante, entendemos que la falta de litisconsorcio pasivo necesario puede ser apreciada de oficio como ha sido la práctica habitual de nuestros Tribunales hasta la actualidad. Es cierto que desde el

punto de vista meramente técnico, sólo el demandado estaría facultado para alegar el defecto de litisconsorcio pasivo necesario, sin embargo, el juez en función de sus facultades materiales de dirección del proceso tiene suficiente poder para prevenir a las partes de la falta de un litisconsorte pasivo necesario, teniendo en cuenta además que la ley le otorga en su art. 105 la potestad de notificar la existencia del proceso a las personas que, según los mismos autos puedan verse afectados por la sentencia que en su momento se dicte con la finalidad de que utilice los medios que la ley prevé para intervenir en el proceso. Evidentemente, el juez de oficio puede alegar dicha falta siempre y cuando haya tenido conocimiento de ello a través de los autos. De esta forma, se evitaría lo que hasta el momento ha venido sucediendo, esto es, que el juez llegue hasta el final del proceso para apreciar la falta de litisconsorcio, lo cual sería ilógico teniendo los instrumentos adecuados para evitarlo.

La Ley ha adelantado los efectos que se producirían en la sentencia en el supuesto de falta de litisconsorcio pasivo necesario al trámite de la audiencia previa. Así, si el demandante no concreta la demanda contra los nuevos demandados el juez dicta sentencia absolutoria finalizando por tanto el proceso y el consiguiente archivo de las actuaciones. Por consiguiente, se anticipa lo que sería la decisión final a un momento anterior evitando continuar con el proceso.

Consideramos que esta sentencia absolutoria no tiene efectos de cosa juzgada sino que de acuerdo al tratamiento procesal que la ley confiere a la figura del litisconsorcio, el actor posteriormente podrá presentar la demanda contra todos los demandados incluyendo a los preteridos en el primer proceso. Aunque mantengamos esta postura es cierto que esta no es una cuestión baladí sino todo lo contrario ya que si partimos de que la figura litisconsorcial es una manifestación de la legitimación plural la consecuencia es que la sentencia que se llegase a dictar necesariamente tendría que ser una sentencia de fondo con todos los efectos de cosa juzgada, por lo que el actor posteriormente no podría volver a plantear la demanda contra los demandados en un primer momento, ahora bien, como hemos comentado anteriormente, el legislador no trata la figura del litisconsorcio como una manifestación de la legitimación plural porque entonces el tratamiento no sería procesal sino sustantivo, si no que lo regula como una cuestión procesal permitiendo su subsanabilidad y anticipando el momento de resolver la cuestión a un momento anterior al de finalizar el juicio, momento éste que debería tener lugar si el litisconsorcio es una manifestación de la legitimación. Entendemos que lo hace para no llegar hasta el final del proceso sabiendo con antelación que no puede entrar en el fondo del asunto. Conforme a ello, la consecuencia de tratarlo como una cuestión procesal es que la sentencia dictada no produce los efectos de cosa juzgada.

Con la regulación que mantiene el art. 420 de la nueva LEC se viene a asumir, como decíamos, la tradicional postura de la doctrina científica partidaria de la subsanación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la comparecencia del antiguo juicio declarativo de menor cuantía, con base en el art. 693.3 de la LEC de 1881. Siendo loable tal solución, no dejan de existir, sin embargo, críticas hacia la misma, puesto que suscita algunos inconvenientes como es el de reabrir el trámite de contestación

a la demanda para los nuevos demandados y exigir la celebración posterior de un nuevo acto de comparecencia. No obstante, entendemos que los beneficios que se obtienen son siempre superiores a los perjuicios que se pueden causar al volver a dar marcha atrás a las actuaciones realizadas hasta ese momento.

Otra de las cuestiones que nos ha planteado la lectura de dichos artículos y que la nueva LEC no soluciona, ni siquiera menciona, es si se admite la posibilidad de que las partes propongan y practiquen prueba para poder decidir la existencia o no del litisconsorcio pasivo necesario cuando el actor se oponga a la falta de litisconsorcio necesario alegada por el demandado, es decir, en algunos casos los hechos aducidos por el demandado y que fundamentan el defecto litisconsorcial necesitarán de una determinada actividad probatoria para su acreditación.

Esta cuestión no ha sido regulada por la Ley por lo que legalmente no encontramos ninguna solución a si se puede o no proponer y practicar prueba para resolver sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario; no obstante, parece deducirse de los propios preceptos de la LEC que no se permite esta posibilidad. Así en el art. 420 se indica que “Si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oirá a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto (...)”. Se permite, por tanto, que las partes realicen las alegaciones que estimen oportunas pero no se permite proponer y practicar prueba.

A nuestro parecer, si el legislador hubiera querido dotar de un trámite probatorio a la audiencia previa en lo referente al tratamiento de la falta de litisconsorcio pasivo necesario lo hubiese hecho expresamente, ya que así ha procedido en otros supuestos como es en el de la discusión sobre la inadecuación de procedimiento. En este sentido en el párrafo segundo del art. 422 de la LEC se indica que “si no se diese acuerdo sobre el valor de la cosa litigiosa, el tribunal, en la misma audiencia, decidirá oralmente, de forma motivada, lo que proceda, tomando en cuenta los documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles para calcular el valor, que las partes hayan aportado”. Debemos aclarar que todo lo dicho hasta ahora es en cuanto al juicio ordinario ya que, para el juicio verbal, la regulación es diferente: en este caso, el procedimiento a seguir es poner fin a la audiencia, citando a las partes para la vista de dicho juicio. En definitiva, en el juicio ordinario se permite a las partes realizar actividad probatoria para resolver los casos de inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía. Como decimos, esto no es lo que ha hecho el legislador en los supuestos de falta de litisconsorcio pasivo necesario; en estos supuestos, el legislador ha mantenido silencio.

Desde un punto de vista teleológico se podría mantener que, como una de las funciones de la audiencia previa es la saneadora, toda interpretación debe girar a favorecer una decisión sobre el fondo del asunto de manera que no se debería prohibir a las partes o, mejor dicho, se les debería permitir la posibilidad de proponer y practicar una actividad probatoria encaminada a evitar todos los impedimentos que pudiesen existir para dictar dicha sentencia sobre el fondo del asunto. Así, si



la decisión que se le pide al juez requiere, para resolver sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario, una actividad probatoria, sería contrario a esta función saneadora de la audiencia previa el limitar esa posibilidad. Sin embargo, consideramos que admitir la posibilidad de las partes de proponer y practicar prueba en la audiencia previa para resolver sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario supone proyectar una auténtica fase probatoria con la reglamentación de unos plazos para llevarla a cabo y, por supuesto, con la suspensión de la audiencia previa para posteriores sesiones de práctica probatoria, lo que nos parece interesante proponer de *lege ferenda*, pero que de acuerdo a nuestra legislación vigente carece de apoyo legal, ya que el quehacer habitual del legislador es el de prever expresamente los trámites procesales y su disposición en las normas.

No quiere terminar este comentario sin poner de manifiesto que aunque la LEC de 2000 explicita en su articulado la figura del litisconsorcio pasivo necesario, sin embargo, su tratamiento procesal no ha sido tratado con exhaustiva dedicación. Frente a lo que ocurre respecto al control de oficio de las demás cuestiones procesales, el control de oficio del litisconsorcio necesario no está expresamente previsto, ya que en el art. 420 se prevé única y exclusivamente la subsanación de defectos relativos a la falta del debido litisconsorcio cuando hayan sido alegados por el demandado en la contestación a la demanda.

## Comentarios prácticos a la LEC

Arts. 13, 14 y 15

**Esther González Pillado**

Facultad de Derecho  
Universidad de Vigo

**Pablo Grande Seara**

Facultad de Derecho  
Universidad de Vigo

271

## *Sumario*

### **Introducción**

#### **Artículo 13. Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados**

- 1. Concepto y presupuestos de la intervención voluntaria**
- 2. Procedimiento de la intervención**
  - 2.1. El tiempo de la intervención**
  - 2.2. Procedimiento para acordar la intervención**
  - 2.3. Posición jurídica del interviniente**
  - 2.4. Efectos de la intervención**
    - a) Efectos de la sentencia para el interviniente**
    - b) Las costas**

#### **Artículo 14. Intervención provocada**

- 1. Concepto y clases de intervención provocada**
- 2. Supuestos típicos de intervención provocada**
  - 2.1. Supuestos de intervención provocada a instancia del demandante**
  - 2.2. Supuestos de intervención provocada a instancia del demandado**
- 3. Tratamiento procesal de la intervención provocada**
  - 3.1. Intervención provocada por el demandante**
  - 3.2. Intervención provocada por el demandado**
- 4. Efectos de la sentencia dictada en un proceso en el que se permite o exige la litisdenunciación**
  - 4.1. Supuestos en los que hubo litisdenunciación**
    - a. Efectos jurídico-materiales**
    - b. Efectos jurídico-procesales**
  - 4.2. Supuestos en los que no hubo litisdenunciación**

#### **Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios**

- 1. Introducción**
- 2. La previsión general del art. 15.1 LEC**
- 3. La intervención en los procesos con consumidores determinados o fácilmente determinables**
- 4. La intervención en los procesos con consumidores indeterminados o de difícil determinación**
- 5. Efectos de la intervención procesal en los procesos de consumo**

### **Bibliografía**

## *Introducción*

Los sujetos procesales normalmente vienen determinados en el primer momento del proceso en los correspondientes escritos de iniciación del mismo. De esta forma, será el demandante quien en su demanda identifique al demandado y con ello quedan determinadas las partes que actuarán en el proceso. Sin embargo, esta concreción de las partes no es impedimento para que otros sujetos puedan interferir en la causa pendiente en cuanto tengan una petición que sea conexa con la debatida en el proceso o sean titulares de un interés jurídicamente protegible en obtener una sentencia con un contenido determinado, al verse afectados por los efectos directos o reflejos de la concreta resolución.

En estos casos, a ese tercero titular de un interés jurídico no se le puede dejar indefenso, por ello, legalmente debe reconocérsele el derecho a intervenir en el proceso pendiente. Desde ese momento, una vez el tercero interviene, desaparece la ajenidad característica del mismo, asumiendo una posición determinada en la causa, que será diferente dependiendo del derecho o interés que ostente, pero convirtiéndose, en cualquier caso, en un sujeto más del proceso con caracteres propios.

Por intervención procesal se puede entender “la introducción en un proceso pendiente entre dos o más partes de una tercera persona que formula frente o junto a las demás partes originarias una determinada pretensión, encaminada bien a la inmediata defensa de un derecho propio, bien a la defensa del derecho de cualquiera de las partes personadas” (SERRA DOMÍNGUEZ, 1968, p. 455).

Esta injerencia del tercero puede producirse por voluntad propia, cuando es el tercero quien decide intervenir en el proceso pendiente (intervención voluntaria); o por voluntad de una de las partes del proceso, o incluso del propio juez competente que llaman al tercero para que acuda a la causa (intervención forzosa, coactiva o provocada). A ambas modalidades de intervención, voluntaria y provocada, se refiere el legislador en los arts. 13 y 14, respectivamente, incluyéndose además, en el art. 15 un supuesto especial de intervención para la protección de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios.

### *Artículo 13. Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados*

**“1. 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.**

**En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos.**

**2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.**

**3. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y 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 causa.

También 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. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte.”

### *1. Concepto y presupuestos de la intervención voluntaria*

La intervención voluntaria de terceros se define con carácter general por el legislador en el inciso primero del art. 13.1 LEC, en los siguientes términos “Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito”<sup>1</sup>.

La primera cuestión que llama la atención de la lectura del precepto transcrito es la no utilización por el legislador del término “tercero” para referirse a ese sujeto que no figuraba en un momento inicial del proceso pero que va a ser admitido con posteridad en la causa. Es más, ni siquiera se habla de terceros en la rúbrica que antecede al precepto, sino que se utiliza una expresión un tanto complicada: “Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados”. Mucho más acertado y, sin duda, cercano a nuestra tradición jurídica habría sido aludir, sin más, a “la intervención de terceros en el proceso”.

Más problemático resulta que el legislador no emplee la terminología comúnmente aceptada por la doctrina procesalista y la jurisprudencia referida a las distintas modalidades de intervención de terceros en el proceso, pues no se trata solamente de una cuestión terminológica, sino de aclarar cuáles son los terceros que, amparándose en el art. 13.1 LEC están legitimados para acudir a un proceso pendiente entre las partes.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han delimitado los distintos supuestos de intervención voluntaria de terceros en el proceso partiendo del derecho o interés que es alegado por el mismo. Así, se distingue: la *intervención principal* que supone “la intromisión de un tercero en un proceso ya iniciado, pretendiendo total o parcialmente el objeto litigioso” (FAIRÉN GUILLÉN, 1955, p.176), esto es, el tercero alega un derecho que de existir, excluirá total o parcialmente el alegado por el

---

<sup>1</sup> El inciso segundo de este mismo precepto prevé, como supuesto especial, la intervención de cualquier consumidor o usuario en el proceso instado por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los derechos e intereses de los mismos, a las que se concede legitimación en el art. 11 LEC. Teniendo en cuenta que el art. 15 LEC regula de forma independiente la intervención de consumidor o usuario, el art. 13.2 LEC es reiterativo e innecesario.

demandante; la *intervención adhesiva litisconsorcial*, en la que el interviniente "alega un derecho propio, discutido en el proceso y defendido ya por alguna de las partes del litigio" (SERRA DOMÍNGUEZ, 1968, p. 463), de tal forma que al estar plenamente legitimado, podría haber presentado la demanda él mismo o haber sido demandado como parte originaria del proceso, afectándole en todo caso la sentencia de forma directa<sup>2</sup>; y la *intervención adhesiva simple*, que permite intervenir en el proceso al tercero no titular de un derecho propio sino de un simple interés en no sufrir los efectos reflejos de la sentencia que se dicte (MONTERO AROCA, 1972, p.160), de manera que la decisión que en el proceso se adopte puede ser hecho constitutivo, modificativo o extintivo de su propia relación jurídica<sup>3</sup>.

La determinación de los casos concretos en que el tercero puede intervenir en el proceso nos obliga a analizar los presupuestos exigidos por el art. 13.1 LEC para permitir la intervención. Del tenor literal del precepto se deriva lo siguiente:

En primer lugar, el propio concepto de intervención requiere la pendencia de una causa, de tal forma que el tercero podrá intervenir "*mientras se encuentre pendiente un proceso*" (art. 13.1 LEC). La exigencia de litispendencia obliga a determinar los momentos inicial y final del proceso, cuestión que enlaza con el tema relativo al tiempo de la intervención y será analizado en el apartado dedicado al procedimiento de la intervención.

En segundo término, se requiere que el interviniente tenga la condición de tercero, entendiendo por tal todo aquél que no es parte del proceso. Esto es, siguiendo a la doctrina mayoritaria se da un concepto negativo de tercero contraponiéndolo al de parte; en los términos utilizados por el legislador en la rúbrica del art. 13.1 LEC, "*sujetos originariamente no demandantes ni demandados*".

En tercer término, se exige que el tercero tenga determinado interés en el pleito de que se trate; de conformidad con el art. 13 LEC, el legislador permite la intervención del tercero en el proceso sólo cuando "*acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito*".

Esta referencia legal a la existencia de un "*interés directo y legítimo*" nos lleva a entender que el legislador está pensado en el interviniente adhesivo litisconsorcial en cuanto tercero que afirma la cotitularidad de la relación jurídico-material deducida en el proceso por las partes iniciales.

---

<sup>2</sup> Es significativa a este respecto la STS 9.10.1993 (Ar. 8175) cuando señala que "la llamada intervención litisconsorcial (modalidad de la adhesiva, junto con la simple o coadyuvancia) 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 seguido entre las partes originarias, haya de producir efectos directos (no reflejos) contra el tercero interviniente, con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada. Igualmente, SAP Jaén, 26.7.1996 (AC 1406); SAP Las Palmas, 18.6.1998 (AC 8862).

<sup>3</sup> En sentido similar se pronuncia la STS 8.4.1994 (Ar. 2734) cuando señala que "la adhesiva simple concurre cuando un tercero ingresa en un proceso pendiente pero no alegando un derecho independiente respecto del de las partes que ya figuran en él, sino con el solo fin de coadyuvar a la victoria de una de ellas, por ser titular de un interés jurídico que se beneficiaría con esa resultado favorable". Podrían citarse también, entre otras, SSTS

No parece referirse la ley en cambio al interviniente adhesivo simple, es decir, al tercero que afirma ser titular de una relación jurídica dependiente de la deducida en el proceso por las partes principales. Esto es, el tercero que sufre los efectos reflejos de la sentencia. Por ejemplo, el notario que interviene en el proceso que tiene por objeto la impugnación de un testamento por defectos de forma.

La razón que nos lleva a entender la exclusión de esta supuesto es la referencia legal al interés "*directo*", en cuanto el interviniente adhesivo simple o coadyuvante carece del mismo, por el contrario tiene un interés en evitar los perjuicios que le puede ocasionar la eficacia refleja de la sentencia, de ahí que tenga interés en coadyuvar a una de las partes, ya sea el demandante o el demandado.

Sin embargo, la escasa fortuna del legislador en la redacción del art. 13.1 no debe llevarnos a entender que el coadyuvante o interviniente adhesivo no puede intervenir en el proceso pendiente para defender un interés en evitar los efectos reflejos de la sentencia. Una interpretación en este sentido sería absurda y dejaría sin protección al coadyuvante cuando la jurisprudencia viene reconociendo reiteradamente su derecho a intervenir. Obviamente, el legislador no debió utilizar el término "*directo*" para calificar el interés del tercero, bastaba simplemente con que tuviese un interés legítimo en el resultado del pleito; con ello se englobarían todos los supuestos de intervención que actualmente permite la jurisprudencia<sup>4</sup>.

Es más, habría sido mucho más adecuada la utilización en el art. 13.1 LEC de la terminología procesal comúnmente aceptada por la doctrina y jurisprudencia y aludir expresamente al interviniente adhesivo litisconsorcial y adhesivo simple o coadyuvante y con ello evitar los posibles problemas interpretativos.

Lo que no permite la ley en ningún momento es la intervención principal, en cuanto el tercero es titular de una pretensión distinta a la que se debate en el proceso e incompatible con la misma, de tal forma que más que ante un supuesto de intervención de terceros estamos ante una ampliación del objeto del proceso que debe ser tratada de acuerdo con las normas de la acumulación de procesos prevista en los arts. 74 y ss. LEC.

---

24.11.1997 (Ar. 226), de 18.9.1996 (Ar. 6726), de 10.6.1996 (Ar. 4752), de 13.6.1991 (Ar. 4452), de 24.4.1990 (Ar. 2799), SAP Jaén, de 27.1.1998 (AC 3149), o SAP Ourense, de 30.1.2004 (AC 120).

<sup>4</sup> A este respecto, la SAP Ourense, de 30.1.2004 (AC 120) señala que "no parece que existan obstáculos para la inclusión en el art. 13 LEC de las dos modalidades de intervención adhesiva simple siempre que se entienda que el "interés directo y legítimo" a que alude es equiparable al "interés jurídico" pues, en caso contrario, el término "directo" impediría dar entrada a la intervención adhesiva simple en la que el tercero sólo de modo reflejo o indirecto se verá afectado por la sentencia que recaiga.

## 2. Procedimiento de la intervención

### 2.1. El tiempo de la intervención

No establece el legislador en el art. 13 LEC el tiempo dentro del cual puede ser admitida la intervención del tercero, sino que solamente exige, en su apartado primero, que el proceso esté pendiente.

El momento inicial de la intervención del tercero plantea pocos problemas, ya que una vez presentada la demanda, si ésta es admitida, el proceso ya está pendiente y el tercero podrá solicitar su intervención, incluso antes de que se conteste la demanda por el demandado<sup>5</sup>.

Más problemática resulta la determinación del momento final hasta el cual se puede solicitar la intervención, siendo necesario diferenciar los supuestos en que el proceso termina con sentencia contradictoria de aquellos otros en que no ocurre así, en cuanto el tratamiento será diferente en lo que respecta a la posición del tercero.

En el primer supuesto, cuando el proceso termina con sentencia contradictoria, la determinación del momento final hasta el que se admite la injerencia del tercero, enlaza con la admisibilidad de su intervención en vía de recurso y, más concretamente, con el reconocimiento al tercero del poder de interposición de recursos, con independencia de las partes originarias, tema que se analizará en el apartado dedicado a la posición jurídica del tercero en el proceso.

Basta adelantar en este momento que, de acuerdo con el último inciso del art. 13.3 LEC, el interviniente *“podrá utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte”*. En consecuencia, el tercero podrá intervenir, con carácter general, hasta la firmeza de la sentencia, igual que cualquiera de las partes del proceso.

En el segundo supuesto, esto es, cuando el proceso termina con resolución diferente a sentencia contradictoria, ya sea con sentencia no contradictoria (renuncia del actor o allanamiento del demandado, arts. 20.1 y 21.1 LEC, respectivamente) o sin sentencia (desistimiento del demandante, transacción, terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto del proceso o caducidad de la instancia (arts. 20.2 y 3, 19.2 22.1 y 237.1 LEC, respectivamente); también esta cuestión está íntimamente relacionada con la posición jurídica del tercero y los poderes a ella inherentes que será analizada en el apartado 2.3.; sin

---

<sup>5</sup> En este sentido, el art. 410 LEC dispone que *“la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si ésta es admitida”*.

Es muy ilustrativa al respecto la SAP Ourense, de 30.1.2004 (AC 120) cuando señala que *“el art. 13 LEC exige como requisito temporal para la admisión del tercero la pendency del proceso (“mientras se encuentre pendiente el proceso...”) para lo cual no es suficiente la mera presentación de la demanda sino que es preciso, además, su admisión a trámite, con independencia de que producida ésta, se retrotraigan los efectos a la fecha de la interposición, siendo como es el proceso un efecto de la demanda considerado formalmente, en cuanto acto acomodado a unos requisitos procesales”*.



embargo, a los efectos que aquí interesan, el primer inciso *in fine* del art. 13.3 LEC permite al tercero intervenir pese a que “*su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa*”. Esto es, se permite la intervención del tercero una vez que ha tenido lugar el acto de disposición del proceso o de la pretensión por la parte originaria, impugnando el mismo, siempre dentro del plazo previsto para ello, esto es, hasta su firmeza.

## 2.2. Procedimiento para acordar la intervención

De acuerdo con el art. 13.2 LEC, el tercero, que deberá reunir los requisitos de capacidad para ser parte y procesal y postulación de acuerdo con las normas generales, deberá presentar su solicitud por escrito, justificando la concurrencia de su interés en el pleito pendiente. No alude el legislador a la forma del escrito ni a la necesidad de acreditar desde el primer momento la situación jurídica que permite al tercero intervenir en la causa. Ante este silencio legal, debe entenderse que el tercero debe solicitar su intervención presentando un escrito, que no deberá tener forma de demanda ante la falta de exigencia legal al respecto, pero que deberá ir acompañado de los documentos que acrediten la legitimación del tercero para intervenir en el proceso.

Establece con acierto el legislador en el art. 13.2 LEC que la solicitud de intervención no suspende el curso del proceso; con esta previsión se trata de evitar que la intervención sea utilizada por el tercero como instrumento para retardar indebidamente la marcha del proceso.

Presentada la solicitud, deberá el juez dar audiencia a las partes personadas, por un plazo común de diez días, para que aleguen lo que estimen conveniente sobre la oportunidad de la intervención del tercero. Transcurrido dicho plazo, el juez dictará auto accediendo o no a la solicitud del tercero.

En lo que respecta al régimen de recursos frente a esta resolución, aplicando las normas generales de los medios de impugnación, debe entenderse que si el auto desestima la petición de intervención del tercero, cabrá recurso de apelación, en cuanto se trata de un auto de carácter definitivo (art. 455 LEC); por el contrario, si accede a su petición, la parte perjudicada por la decisión podrá interponer recurso de reposición (art. 451 LEC).

## 2.3. Posición jurídica del interviniente

Sin duda, aspecto esencial de la regulación de la intervención de terceros en el proceso, es la relativa a la posición jurídica del mismo una vez admitida por el juez su injerencia en la causa pendiente; cuestión que ya durante la vigencia de la ley procesal civil anterior dio lugar a diversos pronunciamientos jurisprudenciales no siempre coincidentes que ocasionaron más de un conflicto sobre los límites concretos de actuación de los terceros. Quizás para terminar con la confusión existente en la materia, el legislador parte en el primer inciso del art. 13.3 LEC de la consideración de que el tercero, una vez admitida su intervención en el proceso, asume la condición de “*parte a todos los efectos*”, pero sin que se retrotraigan las actuaciones a un momento anterior. Sin embargo, de la lectura completa del precepto pronto empiezan a surgir dudas.

La primera cuestión que surge de la lectura del art. 13.3 LEC en su conjunto deriva de la enumeración que el propio legislador realiza, de las concretas facultades de actuación que tiene el interviniente dentro del proceso. Concretamente: "*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*"; o "*utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte*"; "*realizar las alegaciones necesarias para su defensa*".

Ciertamente, si el legislador considera al tercero como parte del proceso, sin matización alguna, a excepción de la no retroacción de las actuaciones (con las limitaciones que se verán seguidamente), no parece tener sentido que después proceda a la pormenorización de sus facultades. Esto es, si se le reconoce la cualidad de parte, resulta después redundante proceder a la enumeración de sus posibilidades de actuación.

En segundo término, lleva también a confusión la matización que se contiene en el inciso segundo del art. 13.3 LEC a la regla general de la no retroacción de las actuaciones en el momento de la intervención contenida en inciso primero, en cuanto permite al interviniente realizar "*las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiera efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso*" (debiendo darse traslado de estas alegaciones a las demás partes por un plazo de cinco días). La falta de un criterio claro que permita determinar en qué casos concretos el interviniente puede realizar alegaciones cuando ya ha precluido la oportunidad procesal para ello, lleva a entender la existencia de una contradicción entre los incisos primero y tercero del art. 13 LEC.

Del tenor literal del precepto, deberá entenderse que una vez admitida la intervención del tercero no se retrotraerán las actuaciones a un momento anterior, sin embargo, el interviniente podrá hacer las alegaciones necesarias para su defensa, pese a que hubiera precluido el momento procesal para ello.

Por último, no diferencia el legislador, como ya se ha apuntado, entre las dos modalidades de intervención procesal, la adhesiva simple y la litisconsorcial y quizás de ahí deriven parte de los problemas de interpretación del art. 13.3 LEC.

Así, en lo que respecta al interviniente adhesivo litisconsorcial, su consideración como parte no admite dudas en cuanto es cotitular de la relación jurídica debatida en el proceso y pudo haber sido una de las partes originarias del mismo. Por esta razón, en relación al mismo, carece de sentido la enumeración de facultades que se contiene en los distintos incisos del art. 13.3 LEC, de tal forma que el interviniente adhesivo litisconsorcial podrá alegar y probar (aunque el art. 13.3 sólo alude a las posibilidades de alegación) todo aquello que considere oportuno para su defensa y ello, pese a que la fase procesal hubiera ya precluido. No se debe olvidar que entre el interviniente y la parte originaria no existe relación alguna de dependencia, sino que ambas son autónomas, pudiendo utilizar todos los medios procesales concedidos por la ley.

Situación distinta es la del interviniente adhesivo simple pues su equiparación a las partes plantea la duda derivada del interés jurídico que le legitima para intervenir en el proceso, pues, se trata de un interés dependiente o derivado del interés de alguna de las partes originaria. Precisamente el carácter dependiente del interés del tercero llevó a doctrina y jurisprudencia a entender que sus facultades de actuación dentro del proceso debían entenderse limitadas a coadyuvar a una de las partes originarias de la causa<sup>6</sup>. No obstante, la delimitación de las facultades procesales del tercero no resulta fácil, sobre todo, si se tiene en cuenta, como así lo ha hecho también la jurisprudencia, que el tercero debe tener la oportunidad de defender su interés en evitar una sentencia perjudicial en todos aquellos casos en que la actitud negligente o incluso fraudulenta de la parte coadyuvada así lo aconseje. No debe olvidarse también que en muchas ocasiones la intervención del tercero es un medio de evitar que las partes del proceso principal puedan actuar en su perjuicio, de tal forma que el tercero trata de evitar una confabulación contra él. De ahí que, aunque formalmente está coadyuvando a una de las partes, verdaderamente está defendiendo sus propios intereses frente a un fraude procesal.

De lo anteriormente reseñado, debe concluirse que el interviniente adhesivo simple podrá actuar en el proceso en una posición similar a la parte, con las limitaciones impuestas por el interés jurídico que asume en el proceso. De esta forma y sin ánimo exhaustivo podrá: defender las pretensiones de su litisconsorte o las que el mismo formule; realizar tanto actos de alegación como de prueba con independencia de los realizados por la parte principal y siempre que tenga oportunidad procesal para ello; podrá oponerse a los actos de disposición realizados por la parte principal dentro del plazo previsto legalmente; e interponer los recursos que estime procedentes cuando la parte originaria consienta la resolución que le perjudica.

## **2.4. Efectos de la intervención**

### **a) Efectos de la sentencia para el interviniente**

Los efectos serán distintos dependiendo de la clase de intervención realizada. Si se trata de una intervención adhesiva litisconsorcial, el tercero se verá plenamente afectado por la cosa juzgada, en cuanto cotitular de la relación jurídico-material deducida en el proceso entre las partes. De esta forma, los pronunciamientos de la sentencia se refieren a su propio derecho. No debemos olvidar que la cosa juzgada de la sentencia alcanzaría igualmente al tercero aunque no hubiese intervenido en el proceso pendiente.

En lo que respecta a la intervención adhesiva simple, la cuestión no es tan evidente. Debe partirse de la consideración de que el coadyuvante no es titular de la relación jurídica que se debate en el proceso, sino simplemente de una dependiente de ésta<sup>7</sup>. Precisamente, la causa que motiva su intervención es evitar el perjuicio jurídico que le puede ocasionar la derrota de una de las partes

---

<sup>6</sup> Véase STS 24.11.1998 (Ar.226).

<sup>7</sup> Por tanto, como señala la SAP Madrid, 25.10.2000 (JUR 2001/206063) el interviniente adhesivo simple no puede “pretender en el mismo (proceso) ejercitar un derecho propio y obtener un pronunciamiento concreto a su favor”.

del proceso. Por consiguiente, el interviniente adhesivo simple no sufre los efectos directos de la sentencia, sino solamente la eficacia refleja de la misma<sup>8</sup>.

#### **b) Las costas**

No alude el legislador en ningún momento a la cuestión relativa al pago de las costas generadas por la actuación del tercero; debe partirse, por tanto, de los preceptos generales relativos a la imposición de costas (arts. 394 y ss LEC) para determinar quién debe asumir los gastos causados por el interviniente.

Si tenemos en cuenta el carácter voluntario de la intervención del tercero, deberá entenderse que el interviniente estará obligado a satisfacer las costas originadas por las diligencias practicas a su instancia, no siendo posible ni la imposición del pago de sus costas a las partes originarias<sup>9</sup>, ni que se le imponga al tercero el pago de las costas generales.

Situación distinta se puede plantear cuando se aprecie una actitud negligente de la parte coadyuvada o incluso un fraude o confabulación entre las partes originarias, pues en este caso el pronunciamiento sobre las costas debería afectar al interviniente (MONTERO AROCA, 1972, p. 252).

#### ***Artículo 14. Intervención provocada***

**“1. En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes.**

**2. Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas:**

**1ª. El demandado solicitará del tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del juicio. La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda o, cuando se trate de juicio verbal, antes del día señalado para la vista.**

**2ª. El tribunal oirá al demandante en el plazo de diez días y resolverá mediante auto lo que proceda. Acordada la notificación, se emplazará al tercero para contestar a la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado. Si se tratase de un juicio verbal, el tribunal por medio de providencia hará nuevo señalamiento para la vista, citando a las partes y al tercero llamado al proceso.**

---

<sup>8</sup> Entre otras, SSTS de 16.12.1986 (Ar. 7448), 23.2.1988 (Ar. 1274), 4.10.1989 (Ar. 6883) 23.10.1990 (Ar. 8036) y 24.4.1990 (Ar. 2799), 25.2.1992 (Ar. 1549), 10.7. 1996 (Ar. 4752), 18.9.1996 (Ar. 6726).

3ª. El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda quedará en suspenso desde la solicitud a que se refiere la regla 1ª y se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda.

4ª. Si comparecido el tercero, el demandado considerare que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18.”

### 1. Concepto y clases de intervención provocada

Junto a los supuestos de intervención procesal *voluntaria*, caracterizados, como acabamos de ver, porque un tercero toma la iniciativa de intervenir en un proceso pendiente *inter alios* por tener un interés jurídicamente relevante en el resultado del mismo, existen otros en los que el tercero es llamado a intervenir en dicho proceso, bien por el propio órgano jurisdiccional o bien por alguna de las partes, normalmente el demandado, que está interesada en su intervención. Se habla entonces de *intervención provocada*.

Así, mientras que en la *voluntaria* la entrada del tercero en el proceso se produce espontáneamente, es decir, por su propia iniciativa, en la *provocada*, existe una llamada al tercero a participar en el proceso pendiente, la cual en ningún caso tiene carácter coactivo. Es decir, con esa llamada no se genera en el tercero la *obligación* de intervenir, sino únicamente la *carga* de hacerlo. Por tanto, él es libre de incorporarse o no al proceso<sup>10</sup>, aunque su pasividad puede reportarle ciertas consecuencias perjudiciales, pues el llamamiento conlleva su sujeción a los resultados de dicho proceso en los términos que luego veremos<sup>11</sup>.

La heterogeneidad de los supuestos en los que está prevista la intervención provocada no permite adoptar un posicionamiento común sobre el fundamento o razón de ser de la misma. No obstante, parece que esta figura responde a una doble finalidad. Por una parte, y primordialmente, se trata de tutelar el derecho o interés de la parte que efectúa el llamamiento, bien directamente, o bien creando el presupuesto del que se hace depender el nacimiento o conservación de otros derechos. Así, el art. 1481 CC, prevé que el vendedor pueda ser llamado al proceso de evicción para que ayude al comprador a defender su derecho; pero, además, configura esta llamada como condición para conservar la acción de saneamiento por evicción frente al vendedor. A su vez, los arts. 511 y 1559 CC, establecen la *laudatio auctoris* como

---

<sup>9</sup> STS de 24.11.1998 (Ar. 226).

<sup>10</sup> Por ello, resulta preferible la denominación de intervención *provocada* a otras denominaciones que tradicionalmente se han empleado para referirse a esta institución como son las de intervención *obligada*, *coactiva* o *forzosa*.

<sup>11</sup> Sobre el concepto y caracteres de la intervención provocada, véase, ampliamente, STS 26.6.1993 (RJ 1993/5383) o SAP Córdoba, de 6.7.1998 (AC 1362).

condición para eludir la responsabilidad del usufructuario o del arrendatario, respectivamente, frente al propietario de la cosa. Pero, por otra parte, también se trata de tutelar los intereses del tercero llamado, poniendo en su conocimiento la existencia del proceso y dándole la oportunidad de intervenir para defender sus intereses en ese mismo proceso, y así conservar, o en su caso, eludir eventuales acciones de regreso u otras responsabilidades. Por ejemplo, si la intervención del vendedor en el proceso de evicción tiene éxito, eludirá la acción de saneamiento que podría ejercitar frente a él el comprador. Asimismo, en los supuestos de *laudatio auctoris*, el propietario puede intervenir para defender su derecho de propiedad.

La intervención provocada está prevista en el art. 14 LEC, lo que contrasta con el silencio de la ley procesal anterior, de modo que las escasas referencias a la misma se encontraban en el Código Civil o en algunas leyes materiales especiales<sup>12</sup>, lo que obligó a la doctrina y a la jurisprudencia a estimarla vigente y a deducir su régimen procesal.

Sin embargo, la regulación del art. 14 LEC es bastante desafortunada e incompleta, y ello, fundamentalmente, por dos razones. En primer lugar, porque la LEC renuncia a diseñar un régimen procesal completo para la intervención provocada, limitándose a regular el cauce procedimental para llamar al proceso a un tercero por el demandante o por el demandado originarios. La ley omite aspectos tan esenciales como son la determinación de los presupuestos que han de concurrir para que el tercero pueda ser llamado, la regulación del estatuto procesal que asume el interviniente o los efectos que se derivan de dicha llamada o litisdenunciación; cuestiones todas ellas que se deberán deducir de las normas sustantivas a las que se remite, con las dificultades y riesgos que ello conlleva. Y, en segundo lugar, porque no se contempla en nuestro Derecho un modelo unitario y bien definido de intervención provocada. Las hipótesis particulares en las que las normas sustantivas permiten la llamada al tercero son tan dispares y heterogéneas que no admiten un tratamiento común. Así, se puede constatar cómo, si bien en la mayoría de los casos se ha optado por un régimen similar al alemán de la simple *litisdenunciación*, no falta algún supuesto, concretamente el previsto en la Disposición adicional 7ª de la LOE, que se aproxima mucho al modelo italiano de la *llamada en causa*, pues se dispone que la sentencia dictada en el proceso en que se hizo la llamada será oponible y ejecutable frente a los terceros llamados, hayan o no comparecido<sup>13</sup>.

En otro orden de cosas, como es sabido, la doctrina viene distinguiendo, tradicionalmente, dos tipos de intervención provocada en función del sujeto del que provenga la litisdenunciación. Así, se habla de una intervención provocada a instancia de parte, cuando es una de las partes la que solicita al tribunal que el tercero sea llamado al proceso; y de una intervención provocada por orden del tribunal (*iussu iudicis*) cuando el propio órgano jurisdiccional dispone de oficio la llamada del tercero.

---

<sup>12</sup> A modo de ejemplo, podemos citar los arts. 511, 1084, 1481, 1559 CC, entre otros, o los arts. 72.2 d) y 124.3 de la Ley de Patentes (Ley 11/1986, de 20 de marzo, BOE nº 73, de 26.3.1986) (en adelante LP), y la Disposición adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, BOE nº 266, de 6.11.1999) (en adelante LOE).

A la intervención provocada a instancia de parte se refiere el art. 14 LEC, el cual contempla la posibilidad de que la solicitud de llamamiento al tercero provenga tanto del demandante (art. 14.1 LEC) como del demandado (art. 14.2 LEC). Sin embargo, el citado precepto guarda el más absoluto silencio respecto de los supuestos particulares en los que se admite esta modalidad de intervención, condicionándola a que “la ley lo permita”. Esto significa que la intervención provocada sólo cabe en supuestos tasados y ello nos obliga a rastrear las diversas normas civiles sustantivas, esencialmente el Código Civil, para saber cuándo está permitida la litisdenunciación.

En cuanto a la intervención provocada *ex officio* por el propio tribunal o intervención *iussu iudicis*, es común en la doctrina negar su admisibilidad en nuestro ordenamiento. Se entiende que no existía hasta ahora y que la nueva LEC tampoco la introduce, pues el art. 14 LEC permite únicamente que sean el demandante o el demandado quienes insten la llamada de un tercero al proceso.

Sin embargo, algunos autores han visto manifestaciones de la intervención *iussu iudicis* en algunos preceptos de la LEC, concretamente en los arts. 15 y 150.2.

En el primero de estos preceptos, se regula el régimen de publicidad que se habrá de observar en los procesos para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Por orden judicial y por imperativo de la ley, aunque con cargo al demandante, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados para que puedan hacer valer su derecho o interés individual. Tras este llamamiento, el consumidor o usuario llamado podrá intervenir en el proceso en cualquier momento o bien en un plazo preclusivo, dependiendo de si los afectados están o no determinados o son fácilmente determinables. Por su parte, el art. 150.2 LEC, impone al tribunal el deber de ordenar la notificación de la pendencia del proceso a las personas que, según los autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dicte, así como a aquéllas que se puedan ver perjudicadas por una utilización fraudulenta del proceso por las partes. Sin embargo, conviene precisar que, lo que contemplan ambos preceptos no es, propiamente, un llamamiento del juez al tercero para que se constituya como parte en el proceso seguido *inter alios*, sino que se limita a comunicarle la pendencia del mismo, dándole así la oportunidad de intervenir. Pero será el tercero quien, en su caso, deberá solicitar que se admita su intervención. Por ello, sólo si adoptamos un concepto tan amplio de intervención provocada que se entienda como tal toda forma de intervención de un tercero precedida de una puesta en conocimiento del mismo de la pendencia del proceso, podemos entender que los arts. 15 y 150.2 LEC constituyen hipótesis de la intervención *iussu iudicis*; en otro caso, no.

---

<sup>13</sup> Un estudio comparado de los modelos de la intervención provocada en los ordenamientos italiano y alemán se puede consultar en LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ (1990, pp. 21 a 164).

## 2. Supuestos típicos de intervención provocada

A diferencia de lo que sucede con la intervención voluntaria, que se permite siempre que el tercero “acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito”, para la intervención provocada, tanto a instancia del demandante como del demandado, se establece un régimen de *numerus clausus*, de modo que sólo puede tener lugar en los casos expresamente contemplados por la ley. Pero, lamentablemente, el art. 14 LEC no contiene una relación de cuáles son esos supuestos, ni fija los presupuestos para la misma, sino que se remite a lo que dispongan otras leyes materiales o procesales. Esto significa, como ya apuntamos, que habrá que rastrear esas otras leyes para conocer en qué supuestos concretos está permitida la intervención provocada.

Con todo, la doctrina se ha planteado si esa remisión a lo que dispongan otras leyes debe interpretarse en un sentido tan estricto que para poder llamar al tercero al proceso debe existir una disposición clara y explícita ordenándolo o permitiéndolo, o si es admisible una interpretación más flexible, de modo que la llamada al tercero también se pueda efectuar cuando, sin existir una disposición expresa, se trate de relaciones jurídicas de la misma naturaleza o carácter que aquéllas para las que está contemplada legalmente la litisdenunciación. **A la luz del art. 14 LEC, no parece admisible ampliar por analogía los supuestos en los que es posible la intervención provocada, ya que dicho precepto establece una clara "reserva de ley". Además, si hubiera sido la intención del legislador permitir una aplicación analógica de la intervención provocada, habría regulado, al menos, los requisitos y presupuestos esenciales de tal modalidad de intervención.**

Lo que sí contempla de modo expreso el art. 14 LEC es la posibilidad de que la llamada se efectúe bien a instancia del demandante o bien del demandado. Veamos, pues, en qué supuestos un tercero puede ser llamado al proceso a instancia de cada una de las partes.

### 2.1. Supuestos de intervención provocada a instancia del demandante

El art. 14.1 LEC contempla la posibilidad de que, cuando la ley lo permita, el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso “sin la cualidad de demandado”. Este precepto está pensando en supuestos en los que una norma permita o exija al actor llamar a un tercero interesado en el resultado del pleito pendiente para que pueda intervenir en el mismo, también en calidad de demandante, y así quedar a cubierto de eventuales responsabilidades que dicho tercero le pudiese reclamar por la gestión procesal desarrollada.

Estas hipótesis son verdaderamente inusuales en nuestro ordenamiento. Sin embargo, sí encontramos algunas en ciertas leyes especiales, como la LP, concretamente, en sus arts. 72.2 d) y 124.3.



De acuerdo con la primera de las disposiciones mencionadas<sup>14</sup>, cuando una patente pertenezca *pro indiviso* a varias personas, cada uno de los partícipes por sí solo podrá “ejercitar acciones civiles o criminales contra los terceros que atenten de cualquier modo a los derechos derivados de la solicitud o de la patente comunes”. En tal caso, el partícipe que ejercite dichas acciones queda obligado a notificar a los demás comuneros la acción emprendida, a fin de que éstos puedan sumarse a la misma. Nos encontramos, pues, ante un caso de comunidad *pro indiviso* que debería dar lugar a una hipótesis de litisconsorcio activo necesario. Pero este caso presenta la peculiaridad de la existencia de una norma que de modo expreso permite a cada uno de los comuneros ejercitar acciones en defensa de la cosa común, aunque se impone al actor la obligación de notificar a los demás comuneros la acción ejercitada, a fin de que puedan intervenir en dicho proceso, si lo desean.

Si los comuneros llamados se integran en dicho proceso, darán lugar a una intervención litisconsorcial en la posición procesal activa, asumiendo todos ellos el *status* de parte procesal, a todos los efectos. En cambio, si no intervienen, también quedarán directamente afectados por la sentencia que en su momento se dicte, ya les resulte favorable o perjudicial. Este efecto se puede explicar porque, también los comuneros no intervinientes pueden tener la consideración de parte procesal por haber conferido una representación tácita al actor denunciante que litiga a favor de la cosa común. Es decir, de la actitud pasiva de los demás comuneros ante la litisdenunciación efectuada a instancia del actor, se puede deducir la voluntad de éstos de conferir tácitamente a aquél su representación en el proceso pendiente.

A su vez, el art. 124 LP<sup>15</sup>, en sus dos primeros apartados, establece cuándo el licenciatario de una patente está legitimado para ejercitar en nombre propio las acciones que la ley reconoce al titular de la misma frente a los terceros que infrinjan su derecho. En tales casos, se le exige que notifique el ejercicio de dichas acciones al titular de la patente, el cual podrá personarse e intervenir en el procedimiento (art. 124.3 LP). Nos encontramos ante una hipótesis de sustitución procesal, ya que se está legitimando a un sujeto para ejercitar en nombre e interés propio acciones cuya titularidad corresponde a otro. Por ello, si efectivamente el llamado interviene, se tratará, sin duda, de una intervención litisconsorcial; mientras que, si se mantiene al margen del proceso, será un tercero con interés jurídico directo. Es decir, intervenga o no, quedará directamente afectado por la sentencia que en su momento se dicte.

Otro supuesto que la doctrina acostumbra a citar como ejemplo de intervención provocada a instancia del actor es el de la denominada *evicción invertida*. Tiene lugar cuando es el comprador

---

<sup>14</sup> Disposiciones de similar contenido se contienen en el art. 46.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, (BOE nº 294, 8.12.2001) (en adelante LM) y en el art. 58.2.d) de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (BOE nº 162, 8.7.2003) (en adelante LPJDI). Por eso, lo que se diga sobre el art. 72.2 d) LP, también se debe hacer extensivo a estos otros supuestos.

<sup>15</sup> En virtud de la Disp. adic. 1ª LM, este precepto también es aplicable respecto del licenciatario de una marca. A su vez, el art. 61.2 LPJDI también establece cuándo el licenciatario del diseño industrial está legitimado para ejercitar las acciones judiciales que corresponden al titular del mismo y la obligación de aquél de notificar a éste dicho ejercicio. Asimismo, también establece el deber del otorgante de la licencia de notificar al titular de la misma el ejercicio de las acciones que le competan para la tutela del diseño industrial.

el que demanda a un sujeto que se atribuye un derecho sobre la cosa comprada anterior al momento de la compraventa. Conforme al art. 1481 CC, para conservar la acción de saneamiento por evicción, el comprador deberá notificar al vendedor la pendencia del proceso, para que pueda intervenir en él y suministrarle los medios de defensa de que disponga, de cara a eludir la ulterior acción de saneamiento. Si el vendedor hace uso de esta facultad de intervenir, será un interviniente adhesivo, pues él no es cotitular de la relación jurídica litigiosa, sino que su interés en el pleito pendiente es indirecto, y obedece a la eventual acción de saneamiento que pende sobre él.

## 2.2. Supuestos de intervención provocada a instancia del demandado

Los supuestos en los que, tradicionalmente, se ha entendido que la ley permite una intervención provocada a instancia del demandado son los siguientes.

El primero es el de la *llamada en garantía* en el proceso de evicción (arts. 1481 y 1482 CC), que se establece como condición *sine qua non* para que el comprador conserve la acción de saneamiento frente al vendedor. Con esta llamada, el comprador demandado pretende que el vendedor intervenga en el proceso para que le ayude a defender su derecho sobre la cosa comprada que le discute el actor, y, al mismo tiempo, cumplir el presupuesto legal para conservar la acción de saneamiento por evicción. Pero, en ningún caso implica el ejercicio en el mismo proceso de evicción de la acción de saneamiento frente al vendedor llamado, ya que dicho saneamiento no se puede exigir hasta que haya recaído sentencia firme por la que se condena al comprador a la pérdida total o parcial de la cosa adquirida (art. 1480 CC). Si el vendedor atiende a la llamada, entrará en el proceso pendiente como interviniente adhesivo (simple), pues la sentencia que en el mismo se dicte en ningún caso se puede pronunciar sobre su obligación de saneamiento. Es por ello que su interés en dicho pleito es meramente reflejo: obedece a la eventual acción de saneamiento que frente a él podrá ejercitar el comprador, en el caso de que resulte condenado a la pérdida de la cosa adquirida.

En virtud de las remisiones que se contienen en otras normas al régimen del saneamiento por evicción en la compraventa, debe entenderse que la intervención provocada también es posible en otros supuestos de evicción análogos: en la donación onerosa (art. 638 CC); en la adjudicación de bienes a los coherederos (art. 1069 CC); en la permuta (art. 1541 CC), en el arrendamiento (art. 1553 CC) o en la enfiteusis (art. 1643 CC); o en la aportación de bienes y derechos a la sociedad (art. 1681 CC), entre otros.

Otro supuesto típico de llamada a un tercero a instancia del demandado es el previsto en el art. 1084.II CC. Este precepto faculta a los acreedores de la herencia sobre la que ya se hizo la partición a reclamar el pago total de su crédito a cualquiera de los coherederos, salvo a aquéllos que hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario. En tal caso, el heredero demandado puede verse condenado a pagar una cantidad mayor de la que le corresponde en función de su participación en la herencia, por lo que podrá acudir luego a la vía de regreso para exigir a los demás coherederos la cuota proporcional de la deuda (art. 1085.I CC). A tal efecto, en el proceso en el que se le reclame el pago de la totalidad de la deuda, el heredero demandado podrá hacer

citar y emplazar a los demás coherederos, a menos que, por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, haya quedado él solo obligado al pago de la deuda (art. 1084.II CC).

Pero se debe tener presente que entre los coherederos existe un vínculo de solidaridad, por lo que, si efectivamente atienden a la llamada e intervienen en el proceso pendiente, lo harán en la condición de intervinientes adhesivos (simples). Ellos no podrán ser condenados en el proceso al que son llamados, puesto que no se ha ejercitado ninguna pretensión frente a ellos, ni por el actor ni por el coheredero demandado. Su interés en el resultado de dicho proceso es meramente reflejo, pues obedece, fundamentalmente, a la eventual vía de regreso que puede abrir frente a ellos el coheredero condenado al pago de la deuda hereditaria.

Se debe destacar, por último, que, en este supuesto, la litisdenunciación se configura como un derecho o facultad del heredero demandado, de modo que, si la omite, no por ello pierde su acción de regreso frente a los demás coherederos.

En tercer lugar, también son casos de intervención provocada a instancia del demandado los contemplados en los arts. 511 y 1559 CC, que recogen la denominada *laudatio* o *nominatio auctoris*. Se refieren estos artículos al supuesto en que alguien que detenta una cosa como poseedor inmediato (usufructuario y arrendatario, respectivamente) es demandado por otro sujeto que pretende ser su dueño o el reconocimiento de un derecho sobre la misma. Ante tal eventualidad, el poseedor demandado debe poner en conocimiento del propietario dicha demanda para que éste pueda intervenir en defensa de su derecho de propiedad (del que, a su vez, depende el derecho del poseedor). Esta llamada al propietario no es una facultad, sino una obligación del poseedor, pues, de lo contrario, deberá responder de los daños y perjuicios que por su negligencia se le causen a aquél.

No es este el lugar ni el momento de analizar pormenorizadamente esta figura, pero sí hemos de destacar dos aspectos. Por una parte, si el propietario interviene en el proceso al que es llamado, lo hará en calidad de interviniente litisconsorcial o, más exactamente, asumirá la condición de demandado principal, pues él, y no el poseedor inmediato, es el titular del derecho litigioso. Por ello, si el propietario no es llamado al proceso, o no interviene asumiendo la condición de demandado, lo que procedería sería dictar una sentencia absolutoria por falta de legitimación pasiva, quedando expedita la posibilidad de dirigirse ulteriormente, en un nuevo proceso, contra el propietario. Por otra, una vez comparecido el propietario, el poseedor inmediato demandado podrá solicitar su *extromisión* del proceso *ex art. 18 LEC* (art. 14.2.4ª LEC).

Un cuarto supuesto de intervención provocada, pero que presenta caracteres muy particulares, es el contemplado en la Disposición adicional 7ª de la LOE. Según esta norma, "quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, (...) que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso". Pero la particularidad de esta llamada, frente a los supuestos anteriores, radica en que no se trata de una simple litisdenunciación, sino de una verdadera *llamada en causa*

al modo del Derecho italiano. Esto se aprecia en lo dispuesto en el párrafo segundo, a tenor del cual, “la notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos”. Es decir, mediante esa notificación o llamada al proceso, a instancia del demandado, se hace extensiva la demanda a todos los agentes llamados, de modo que, comparezcan o no, tendrán la consideración de demandados y la sentencia de fondo, que en su momento se dicte, les afectará de modo directo: podrán ser condenados en dicho proceso, la sentencia condenatoria será ejecutable frente a ellos y les alcanzará con sus efectos de cosa juzgada material.

Por último, algunos autores apuntan otros dos casos de intervención provocada, pero su admisibilidad en nuestro Derecho es muy discutible.

Uno de ellos es el contemplado en el art. 4.3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos (BOE nº 161, de 7.7.1994) (SAMANARES ARA, 2000, p. 145). El art. 1 de esta Ley establece la responsabilidad de los fabricantes e importadores por los daños causados por los productos defectuosos que fabriquen o importen, respectivamente. A su vez, el art. 4.3 dispone que, si el fabricante o el importador no pueden ser identificados, será considerado como tal el suministrador del producto, a menos que, en el plazo de tres meses, indique al perjudicado la identidad de aquéllos. Sin embargo, no parece que estemos ante una hipótesis de intervención provocada, ya que dicho precepto sólo impone al suministrador la carga de identificar al fabricante o al importador, a fin de que la demanda se pueda dirigir frente a éstos, pero no la posibilidad de llamarlos al proceso en el que él ha sido demandado.

El otro supuesto al que aludíamos es el de la denominada *llamada al tercero pretendiente*<sup>16</sup>. Se daría cuando un deudor es demandado por un acreedor para el cobro de su crédito o la entrega de una cosa, pero a aquél le consta que existen otras personas que pretenden tener derecho a cobrar ese mismo crédito o percibir la misma cosa. En tal caso, el deudor podría llamar al proceso a los demás acreedores para que litiguen entre ellos y consignar la cantidad o la cosa reclamada a favor del que resulte vencedor, pidiendo luego su extromisión del proceso. Esta hipótesis de intervención provocada se ha considerado implícita en el art. 1176.II CC, que permite la consignación de la cosa debida cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar. Pero, si bien existen argumentos a favor de su admisibilidad, también existen otros en su contra, y, especialmente, la falta de una disposición legal que establezca expresamente la posibilidad de llamar a los terceros pretendientes, como se exige en el art. 14 LEC<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Este supuesto de intervención provocada está contemplado expresamente en el parág. 75 ZPO alemana y en el art. 109 CPC italiano. A él también se dedicaba el art. 12 del proyecto profesoral de *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, p. 183.

<sup>17</sup> Esto significa que los problemas de conflicto entre pretendientes se deberán solucionar acudiendo al expediente de la acumulación de procesos. No obstante, en virtud del art. 407 LEC, también sería posible que el demandado inicial formulase reconvencción frente al actor y los terceros pretendientes, ejercitando una acción declarativa a fin de que el juez declarase a quién debe efectuar el pago que se le reclama.

### ***3. Tratamiento procesal de la intervención provocada***

Como se ha dicho, el legislador ha renunciado, lamentablemente, a recoger en el art. 14 LEC una regulación completa del régimen procesal de la intervención provocada, limitándose a establecer los trámites procedimentales que se han de seguir ante la solicitud formulada por una de las partes de que se llame a un tercero para que intervenga en el proceso pendiente. Dichos trámites varían en función de que la intervención del tercero sea provocada por el demandante o por el demandado.

#### **3.1. Intervención provocada por el demandante**

Cuando es el demandante quien solicita que se llame a un tercero al proceso, tal solicitud la debe formular en la demanda, y, aunque la ley guarda silencio sobre la forma de la misma, lo normal es que se emplee la fórmula del *Otrosí*.

No obstante, el propio art. 14.1 LEC contempla la posibilidad excepcional de que tal solicitud no se formule en la demanda, lo que sucederá cuando "la ley disponga expresamente otra cosa". Es decir, el precepto remite a las distintas leyes sustantivas, que contemplan los diversos supuestos en los que se admite la intervención provocada a instancia del demandante, la posibilidad de excepcionar esta regla general sobre la forma de efectuar la solicitud de llamada al tercero.

Ante tal solicitud, que no suspende el curso del proceso, y sin más tramitación, el tribunal deberá decidir, por medio de auto, si admite o no la llamada e intervención del tercero, debiendo acceder a ello si se encuentra en alguno de los casos en los que la ley contempla este tipo de intervención.

Si se admite la llamada y el tercero interviene, éste "dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes", en concreto, al demandante, dando lugar a una intervención litisconsorcial o, en su caso, adhesiva en la posición procesal activa. Sin embargo, la ley no aclara si el interviniente puede presentar o no su propio escrito de demanda. En principio, parece que la respuesta debe ser negativa, pues, cuando la intervención se produce, el proceso ya se halla pendiente y, a falta de una disposición legal expresa, no cabe decretar la retroacción de las actuaciones al momento inicial. Ahora bien, si el interviniente se presenta antes de que el demandado conteste a la demanda, sí se deberá admitir, a su instancia, una eventual ampliación de la demanda *ex art.* 401 LEC.

#### **3.2. Intervención provocada por el demandado**

La regulación procedimental de la intervención provocada es más detallada en el caso de que sea el demandado el que solicite al juez la llamada del tercero. Para tales supuestos, el art. 14.2 LEC establece una serie de reglas conforme a las cuales se ha de proceder y que se refieren, fundamentalmente, a cinco aspectos: la solicitud de llamada, la audiencia al demandante, la resolución del tribunal, el emplazamiento al tercero llamado y la eventual extromisión del proceso del demandado inicial.

*a.- La solicitud de llamada al tercero.* En cuanto se le dé traslado de la demanda, y siempre que no decida formular declinatoria, lo primero que debe hacer el demandado que desea que un tercero sea llamado al proceso es solicitarlo al tribunal. Tal solicitud se deberá formular por escrito y deberá estar debidamente fundamentada.

La regla 1ª del art. 14.2 LEC fija un plazo preclusivo dentro del cual el demandado debe formular la citada solicitud, a saber, si se está en un juicio ordinario, dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda; y, si se trata de un juicio verbal, antes del día señalado para la vista. Transcurridos dichos plazos, el demandado pierde la posibilidad de solicitar la llamada del tercero, lo que le reportará las consecuencias que más adelante veremos.

La formulación de dicha solicitud tiene efectos suspensivos sobre el proceso. En concreto, si se está en un juicio ordinario, se suspende el plazo para contestar a la demanda, el cual se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición. Y, si ésta es estimada, la reanudación se produce con el traslado al demandado del escrito de contestación presentado por el tercero o una vez concluido el plazo concedido a éste para contestar a la demanda (art. 14.2.3ª LEC). En cambio, la ley guarda silencio sobre tales efectos en el caso de que se trate de un juicio verbal. A pesar de ello, de la regla 2ª del art. 14.2 LEC, se deduce que, en tal caso, la solicitud de llamada al tercero provoca que se anule el señalamiento efectuado para la vista y que se posponga la celebración de la misma a la espera de un nuevo señalamiento que efectuará el juez una vez resuelta sobre aquella solicitud.

*b.- La audiencia al demandante.* Si el demandado formula oportunamente la solicitud de llamada a un tercero, se dará traslado de la misma al demandante, quien dispondrá de un plazo de diez días para alegar lo que convenga a su derecho (art. 14.2.2ª LEC). Con este trámite se trata de salvaguardar el principio de contradicción y el derecho de defensa del actor.

*c.- Resolución del tribunal.* A la vista de la solicitud presentada por el demandado y de las alegaciones formuladas con respecto a la misma por el actor, el tribunal deberá decidir si admite o deniega la llamada al tercero. Tal resolución revestirá la forma de auto, contra el cual cabe interponer recurso de reposición, sin perjuicio de que se pueda reproducir la cuestión en la apelación que, en su caso, se interponga contra la sentencia definitiva (arts. 451 y 454 LEC).

En el caso de que se desestime la solicitud del demandado, el proceso retomará su curso y continuará desarrollándose por los cauces normales. Si se trata de un juicio ordinario, con la notificación al demandado del auto denegatorio de su petición, se reanuda el cómputo del plazo de que dispone para contestar a la demanda. En cambio, si se está en un juicio verbal, el tribunal deberá efectuar un nuevo señalamiento para la vista, citando para la misma, únicamente, al demandante y al demandado iniciales.

Por el contrario, si la solicitud de llamada al tercero es estimada, y se trata de un juicio ordinario, se emplazará a éste para que conteste a la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado (art. 14.2.ª LEC). Como ya se apuntó, una

vez presentado por el tercero su escrito de contestación a la demanda, y trasladado al demandado, o una vez transcurrido el plazo del que disponía sin haber contestado, el demandado inicial también deberá contestar a la demanda, para lo cual dispondrá del plazo que le restaba del inicialmente concedido a tal efecto (art. 14.2.3ª LEC). De tratarse de un juicio verbal, el tribunal deberá efectuar, mediante providencia, un nuevo señalamiento para la vista, citando para la misma a las partes iniciales y al tercero llamado al proceso (art. 14.2.2ª LEC).

*d.- Eventual extromisión del demandado.* Conforme a la regla 4ª del art. 14.2 LEC, si una vez comparecido el tercero, el demandado inicial entiende que la posición procesal pasiva debe ser ocupada únicamente por aquél, podrá solicitar al juez que autorice su *extromisión* del proceso.

Esta figura se regula en el art. 18 LEC, que la considera como un supuesto de sucesión procesal, y consiste en la salida del proceso del demandado inicial, pasando a ocupar su posición el interviniente que fue llamado al proceso a instancia de aquél.

Sin embargo, la *extromisión* del demandado sólo es admisible en supuestos muy puntuales de intervención provocada, pues, para ello han de concurrir los siguientes presupuestos.

En primer lugar, ha de tratarse de un caso de intervención provocada a instancia del demandado, legalmente admitido, en el cual, tras la intervención del tercero, ya no sea necesaria la presencia en el proceso del demandado inicial. El caso más típico, y casi el único, es el de la *laudatio* o *nominatio auctoris* (arts. 511 y 1559 CC), en los que el poseedor mediato interviniente es el titular de la relación jurídica litigiosa. En otros casos, por el contrario, a pesar de la intervención del tercero, el demandado inicial no puede ausentarse del proceso, ya que la finalidad de dicha intervención es, precisamente, que estén presentes en el proceso todos los interesados en el resultado del mismo, (p. ej., en los supuestos de llamada a los coherederos *ex art. 1084 CC*).

En segundo lugar, es necesario que el tercero llamado al proceso intervenga efectivamente. Sin la comparecencia previa de éste, no se puede permitir la *extromisión* del demandado inicial, pues ello abocaría a la extinción del proceso por faltar una de las partes.

Por último, es necesario que la *extromisión* sea solicitada por el demandado inicial, pues es el único legitimado para solicitarla.

Pero, además de estos presupuestos, el art. 18 LEC impone otros dos requisitos para que se pueda operar la *extromisión* del demandado. Por un lado, se exige que de la solicitud de *extromisión* que efectúa el demandado se dé traslado a "las demás partes", es decir, tanto al actor como al interviniente, quienes podrán alegar lo que convenga a su derecho. Para efectuar tales alegaciones disponen de un plazo de cinco días. Y, por otro, es necesario que el juez autorice, por medio de auto, dicha *extromisión*. A este respecto, el art. 18 LEC dispone que el juez decidirá "lo que resulte procedente en orden a la conveniencia o no de la sucesión", es decir, el sentido de su decisión dependerá de lo que convenga en el caso concreto, aunque deberá atender, fundamentalmente, a la concurrencia o no de los presupuestos antes enunciados.

En otro orden de cosas, el hecho de que el demandado inicial ceda su posición procesal al interviniente, no conlleva necesariamente que aquél abandone el proceso, pues, si tienen un interés legítimo en el resultado del mismo (normalmente, un interés reflejo) (p. ej., el usufructuario y el arrendatario en los supuestos de *nominatio auctoris*) podrá continuar como interviniente adhesivo.

#### ***4. Efectos de la sentencia dictada en un proceso en el que se permite o exige la litisdenunciación***

A la hora de determinar los efectos de la sentencia dictada en un proceso en el que se ventila una controversia respecto de la cual la ley contempla la posibilidad de llamar al proceso a un tercero y provocar así su intervención, es necesario distinguir las diversas hipótesis que se pueden plantear, puesto que tales efectos varían según que se haya efectuado o no la litisdenunciación, y, en el primer caso, según que el tercero haya atendido dicha llamada o haya permanecido inactivo.

##### **4.1. Supuestos en los que hubo litisdenunciación**

Una vez efectuada la litisdenunciación en aquellos supuestos en los que la ley lo permite, el tercero llamado podrá intervenir en el proceso pendiente o bien mantenerse ajeno al mismo. Las consecuencias, tanto de carácter material como procesal, serán distintas según que el receptor de la denuncia adopte una u otra actitud.

Si el llamado opta por intervenir en el proceso pendiente, asumirá la condición de interviniente adhesivo simple o litisconsorcial, según el caso. El *status* procesal del interviniente no difiere en función del carácter voluntario o provocado de la intervención; de ahí que, una vez operada la intervención, el interviniente provocado también será *parte* (activa o pasiva), y sus concretas facultades procesales serán más o menos amplias dependiendo de su carácter de interviniente adhesivo simple o litisconsorcial. Por tanto, debemos remitirnos en este momento a lo que ya se dijo al tratar los efectos de la sentencia para los intervinientes voluntarios.

Por el contrario, si el tercero, a pesar de recibir la llamada, opta por mantenerse ajeno al proceso, no asumirá, por lo general, el *status* de parte, pero sí deberá soportar las consecuencias que se derivan de la litisdenunciación.

En nuestro Derecho, tales efectos de la litisdenunciación no están nada claros, pues la ley guarda un absoluto silencio al respecto. A ello hay que añadir que, debido a la heterogeneidad de los supuestos en los que se admite la intervención provocada, tampoco es posible dar a esta cuestión una respuesta genérica válida para todos ellos. De ahí que sea necesario analizar cada supuesto, distinguiendo los efectos jurídico-materiales y los efectos procesales de la litisdenunciación.



### a. Efectos jurídico-materiales

Los efectos jurídico-materiales que produce la litisdenunciación se concretan, básicamente, en la conservación por parte del litisdenunciante de la acción de regreso o indemnidad que tiene frente al litisdenunciado, por los daños y perjuicios que le ocasione el proceso, o en la evitación de una acción similar que éste tendría frente a aquél, en el supuesto de que no se hubiese efectuado la denuncia del litigio. En unos casos, estos efectos están expresamente previstos por las normas que contemplan el concreto supuesto de intervención provocada, mientras que en otros hay que deducirlos de esa normativa. Veamos cada hipótesis.

En el supuesto del art. 72.2 d) LP, la litisdenunciación unida a la incomparecencia de los llamados permite entender conferida la representación tácita de éstos a favor del actor. Además, entendemos que permitirá a éste eludir una acción de indemnidad por los daños y perjuicios que se puedan derivar de la sentencia para los copartícipes de la patente llamados, salvo cuando actúe fraudulentamente o con manifiesta mala fe.

También en el caso del art. 124.3 LP, parece que la litisdenunciación permitirá al licenciatario de la patente eludir la acción de indemnidad que frente a él pudiera intentar el titular de la patente (sustituido), que no ha intervenido en el proceso seguido por aquél, para exigirle la reparación de los perjuicios que le pueda deparar dicho proceso, salvo cuando el licenciatario haya actuado fraudulentamente o con manifiesta mala fe.

Tratándose de la evicción invertida o de la llamada en garantía en el proceso de evicción, la litisdenunciación es condición *sine qua non* para conservar la acción de saneamiento frente al vendedor (art. 1481 CC). Esto no sucede, en cambio, si se trata de la llamada a los coherederos *ex* art. 1084 CC. Aunque no haya habido litisdenunciación, el coheredero demandado podrá incoar la vía de regreso para reclamar de los demás coherederos la parte proporcional de la deuda hereditaria, cuando estén obligados a ello. Pero, entonces, los demandados en el proceso de regreso podrían alegar en su defensa la incorrecta decisión judicial en el proceso precedente o la mala gestión procesal del coheredero condenado, así como, en su caso, el carácter fraudulento o colusivo de aquel proceso.

En las hipótesis de *laudatio* o *nominatio auctoris* (arts. 511 y 1559 CC), la llamada que el usufructuario o el arrendatario efectúen al propietario les libera de la responsabilidad por los daños y perjuicios que se pueden derivar para éste del proceso, salvo, claro está, los que se le causen con mala fe.

Por último, si se trata del supuesto de intervención provocada previsto en la Disposición adicional 7ª de la LOE, la litisdenunciación es el medio que permite extender a todos los llamados la eficacia jurídica material directa de la sentencia que recaiga. Si hubo denuncia del litigio y los llamados no comparecieron, la sentencia será “oponible y ejecutable frente a ellos”.

## b. Efectos jurídico-procesales

A la hora de precisar los efectos procesales de la litisdenunciación conviene distinguir los supuestos en los que el llamado podría intervenir adhesivamente en el proceso pendiente de aquellos otros en los que su intervención tendría carácter litisconsorcial.

*a.- Casos en los que la litisdenunciación permite una intervención adhesiva.* El escenario que en estos casos se nos presenta es el siguiente: un proceso ya concluido por sentencia firme en el cual una de las partes ha solicitado la llamada de un tercero a intervenir en el mismo, pero éste no ha atendido dicha llamada; y la pendencia de un nuevo proceso cuyo objeto lo constituye la “acción de regreso o de indemnidad” que, en virtud de las consecuencias perjudiciales que le deparó el proceso anterior, ha promovido el litisdenunciante frente al litisdenunciado.

Como se podrá comprender, esta situación sólo se puede plantear en los casos de llamada en garantía en el proceso de evicción, de evicción invertida o de llamada a los coherederos en el proceso por deudas de la herencia. En cambio, en el supuesto de la *laudatio auctoris*, la propia litisdenunciación ya excluye la acción que, en otro caso, el propietario tendría frente al poseedor inmediato (usufructuario o arrendatario).

Centrando, por tanto, la atención en los casos citados, ya se puso de manifiesto que el llamado que no atiende a la litisdenunciación y se mantiene ajeno al proceso no asume el *status* de parte procesal. Esto supone que, no existiendo una norma que disponga una extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material respecto de ellos, no quedarán afectados por la misma, ni siquiera en su función positiva o perjudicial. Es decir, con la denuncia del litigio, no se logra extender al llamado que no comparece la vinculación en que consiste la cosa juzgada. Pero, a pesar del lamentable silencio legal en este punto, la litisdenunciación que se efectúa sí produce respecto de aquél ciertos efectos procesales.

Tales efectos son, fundamentalmente, preclusivos, es decir, el tercero llamado pierde la posibilidad de ejercitar, en el proceso de regreso, aquellos poderes y facultades procesales que, como interviniente, ya podría haber ejercitado en el proceso en el que se efectuó la litisdenunciación. Esto significa que, en el proceso de regreso o indemnidad que el litisdenunciante incoe contra aquél, con el fin de obtener una reparación por las consecuencias perjudiciales derivadas del proceso en el que se llamó al tercero, éste no podrá ejercitar tales poderes y facultades para tratar de eludir los efectos reflejos de la sentencia anterior, que le resultaban perjudiciales. Más en concreto, no podrá alegar que la decisión recaída en aquel proceso, tal y como fue planteado al juez, fue incorrecta (*exceptio male iudicati processus*), ni tampoco la defectuosa o negligente conducción procesal llevada a cabo por la litisdenunciante, afirmando que el resultado del proceso hubiese sido otro si dicha gestión procesal hubiese sido correcta (*exceptio male gesti processus*). La facultad de efectuar tales alegaciones se debe entender precluida porque la misma es incompatible con la conducta observada por el llamado en el proceso anterior.

Por ejemplo, si, ante la llamada del comprador, el vendedor no interviene en el proceso de evicción para ayudarle a defender su derecho sobre la cosa adquirida, y aquél resulta vencido, luego, en el proceso en el que se ejercite la acción de saneamiento, el vendedor ahora demandado no podrá escudarse en que la decisión judicial recaída en el proceso de evicción fue equivocada o en que la gestión procesal llevada a cabo por el comprador en aquel proceso fue defectuosa, cuando con su intervención habría podido contribuir a evitar tales eventualidades.

Sólo atribuyendo a la litisdenunciación tales efectos preclusivos tendrá ésta alguna virtualidad práctica. Si la finalidad primordial de la misma es la tutela de los intereses del litisdenunciante de cara a un ulterior proceso de regreso que se pueda entablar entre él y el llamado, parece que sólo cumplirá su fin si lleva aparejados dichos efectos para el receptor de la denuncia. En otro caso, al margen de los efectos materiales que puede producir la litisdenunciación, no habría diferencia alguna entre el *status* jurídico del tercero llamado al proceso y el del tercero que no recibe dicha llamada.

Ahora bien, tales efectos preclusivos no deben operar cuando, en el proceso de regreso, el tercero llamado alegue y pruebe que, aun habiendo intervenido en el proceso anterior, no habría podido ejercitar con éxito las facultades procesales que le correspondían (ya sea por el estado del proceso en el momento en el que recibió la llamada, por la conducta procesal observada por el litisdenunciante, etc.), de modo que tampoco habría podido corregir la defectuosa gestión procesal llevada a cabo por la parte y que condujo a la decisión judicial errónea o injusta. Aquellas facultades que, por tales motivos, no se pueden considerar como ejercitables en el proceso anterior no deben quedar afectadas por la preclusión, pudiendo, por tanto, ser ejercitadas en el proceso de regreso con el fin de enervar la eficacia refleja de la sentencia anterior.

*b.- Casos en los que la litisdenunciación permite una intervención litisconsorcial.* Tales hipótesis de intervención provocada son las contempladas en la LP y en la disp. adic. 7ª de la LOE. En relación con los efectos procesales de la litisdenunciación en estos supuestos, hemos de hacer algunas consideraciones.

En cuanto a los supuestos previstos en la LP, ya dijimos que, en un caso (art. 72.2 d) LP), la litisdenunciación no seguida de la intervención de los llamados equivalía a conferir la representación tácita de éstos al denunciante, por lo que también tendrían la consideración de partes procesales a todos los efectos; y, en el otro (art. 124.3 LP), estábamos ante un claro supuesto de sustitución procesal, por lo que el llamado no interviniente asumiría la condición de tercero con interés jurídico directo. Esto significa que, en ambos casos, la sentencia que recaiga en el proceso en el que se efectuó la litisdenunciación afectará a los llamados de modo directo.

Respecto de la llamada a los agentes responsables de la edificación (disp. adic. 7ª LOE), ya dijimos que, en estos supuestos, la litisdenunciación suponía una auténtica extensión de la demanda al litisdenunciado, de modo que, si no comparece, tendrá la consideración de parte demandada en rebeldía con los efectos que ello conlleva; en consecuencia, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable directamente frente a él. Esto significa que el llamado que no

comparece sufrirá, además de la eficacia ejecutiva de la sentencia, sus efectos de cosa juzgada material.

#### 4.2. Supuestos en los que no hubo litisdenunciación

Para terminar nuestro comentario al art. 14 LEC, hemos de referirnos, siquiera brevemente, a qué sucede si no hubo litisdenunciación en aquellos supuestos en los que venía impuesta por la ley.

En principio, parece que nada obsta a que el tercero que debería haber sido llamado al proceso, pueda intervenir voluntariamente en el mismo si tiene constancia de su pendencia. Siendo así, se producirán para él los efectos propios de la intervención voluntaria, ya sea adhesiva o litisconsorcial; y ello sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que pueda incurrir la parte sobre la que pesaba la obligación incumplida de solicitar la llamada del tercero.

En cambio, si esta intervención voluntaria no tiene lugar, las consecuencias de la falta de litisdenunciación dependerán de cuál haya sido la razón de que dicha denuncia no se haya efectuado, ya sea porque la parte no la solicitó, o porque, habiéndola solicitado, el juez la ha rechazado.

Si la falta de litisdenunciación se debió a que la parte no la solicitó, no se producirán los efectos materiales ni procesales de la litisdenunciación. Más concretamente, la parte sufrirá los efectos materiales perjudiciales que contempla la correspondiente norma sustantiva para los casos de incumplimiento de la obligación que impone (p.ej., conforme al art. 1481 CC, el comprador perderá la acción de saneamiento; o, según los arts. 511 y 1559 CC, el usufructuario y el arrendatario responderán frente al propietario de los daños y perjuicios que para él se pueden derivar del proceso en que se debió efectuar la litisdenunciación). Y, por otra parte, el tercero no sufrirá los efectos procesales (preclusivos y, en su caso, de cosa juzgada material) propios de la litisdenunciación. Esto significa que, si la parte que no denunció el litigio puede, a pesar de ello, incoar un proceso de regreso o de indemnidad frente al que debería haber sido llamado (p. ej., en el caso de los coherederos), éste podrá oponer a la demanda la mala gestión procesal llevada a cabo por aquélla y la incorrecta decisión del juez<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Una particular mención merecen los supuestos de intervención provocada contemplados en el art. 72.2 d) LP y en la disp. adic. 7ª LOE. En el primero de ellos, aun faltando la litisdenunciación y no interviniendo voluntariamente todos los comuneros, no parece que se pueda apreciar la falta de litisconsorcio activo necesario, pues la ley faculta expresamente a cada comunero para ejercitar acciones en defensa de la patente común; pero, en tal caso, el actor no podrá ser considerado como representante de los demás comuneros y responderá frente a ellos por los daños y perjuicios que el proceso les pueda ocasionar. En el segundo supuesto citado, si falta la litisdenunciación, no se operará la extensión de la demanda a los agentes responsables de la edificación que no fueron demandados, de modo que la sentencia que se dicte no desplegará su eficacia directa frente a ellos, es decir, no será oponible ni ejecutable frente a ellos. Para los agentes no demandados rige el régimen general de las obligaciones solidarias, es decir, son terceros con interés jurídico reflejo, frente a los que el condenado podrá dirigir, en su caso, la acción de reembolso, pero, en este proceso, podrán oponer la *exceptio male iudicati processus* y la *exceptio male gesti processus*.

En cambio, si la falta de litisdenunciación se debió a que el juez la rechazó, la cuestión ya es más discutible. En principio, no parece probable que, estando prevista expresamente por la ley la facultad o la obligación de la parte de llamar al tercero al proceso, el juez rechace su emplazamiento. Sin embargo, no se debe olvidar que, tratándose de una solicitud de litisdenunciación efectuada por el demandado, el tribunal, antes de decidir sobre la misma, debe oír al demandante y luego resolver ponderando las alegaciones de ambas partes. Por eso, es posible que, en ciertas circunstancias, el juez desestime aquella solicitud de litisdenunciación. Ante tal eventualidad, parece que el tercero no sufrirá los efectos procesales propios de una litisdenunciación que no se ha efectuado, pero la parte también debe poder conservar los derechos que le corresponden (vgr., la acción de saneamiento) o ponerse a cubierto de las acciones de indemnidad que el tercero pueda intentar frente a ella, dirigiendo a éste una notificación extraprocesal fehaciente de la pendencia del proceso con lo que posibilitará su intervención voluntaria en el mismo.

***Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios***

**“1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.**

**2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluído.**

**3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanuda 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.**

**4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios."**

### *1. Introducción*

Una de las grandes novedades de la nueva ley procesal civil es la atención que se presta a la tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios. Es consciente el legislador de que en el marco socioeconómico que se vive en el momento actual no basta con ofrecer protección individual, sino que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE obliga a superar el individualismo liberal característico de nuestra derogada ley procesal civil, ofreciendo a los ciudadanos una adecuada protección de los intereses colectivos y difusos, en la línea ya iniciada por otros cuerpos normativos vigentes<sup>19</sup>. Sin embargo, el legislador ha limitado este sistema de protección a los consumidores y usuarios así como al ámbito de las condiciones generales de la contratación, pues las previsiones de la ley procesal civil se aplicarán, por imperativo de la disp. final 6ª.5 LEC (que da nueva redacción a la disp. final 4ª de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, BOE nº 252, 21.10.1998, en adelante LCGC) a "todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación". De esta forma, se dejan al margen de la aplicación de la ley toda una serie de materias en las que pueden surgir intereses colectivos y difusos, así en materia ambiental, de sociedades... Por tanto, debería hacerse una interpretación extensiva de la regulación legal o, en su defecto, procederse a una reforma de la ley procesal para evitar la limitación de su aplicación al ámbito propio del consumo.

A la hora de proceder a esta tutela de los derechos e intereses de consumidores y usuarios no prevé el legislador un procedimiento especial, limitándose a regular una serie de especialidades que introduce en los lugares oportunos del articulado de la ley procesal<sup>20</sup>. Así, en materia de capacidad para ser parte (art. 6.1.7º LEC), capacidad procesal (art. 7.7 LEC), legitimación (art. 11 LEC), llamamiento e intervención en el proceso (art. 15 LEC), acumulación de procesos (art. 78.4 LEC), efectos de la sentencia (art. 221 LEC) y ejecución de sentencia (art. 519 LEC).

En los distintos preceptos de la ley dedicados a diseñar la tutela de los consumidores y usuarios, no determina el legislador el sentido del interés colectivo, sino que simplemente lo contrapone al de interés difuso, aludiendo el primero al supuesto en que los afectados estén determinados o sean de fácil determinación y, el segundo, al supuesto en que no estén determinados. Sin duda, la delimitación del concepto de interés colectivo es un tema de especial relevancia práctica, sin embargo, su estudio exhaustivo trascendería en gran medida el objeto de esta obra. Baste señalar,

---

<sup>19</sup> Mención especial merecen los arts. 7.3 LOPJ y 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE nº 175 y 176, de 24.7.1984) (en adelante LGDCU).

<sup>20</sup> La propia Exposición de Motivos (apdo. VII) señala que "no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos".

siguiendo a GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES (2001, pp. 144-145 y pp. 211-213) que este concepto integra, de un lado, los denominados intereses supraindividuales, entendiendo por tales los intereses legítimos compartidos por una categoría o conjunto de personas que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que disfrutan simultánea y conjuntamente de forma concurrente o exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad; esto es, se trata de un interés de todos y de cada uno de ellos, en la misma medida y por el hecho de ser miembros del grupo genéricamente afectado. De otro lado, los supuestos de pluralidad de derechos conexos, en cuanto se trata de derechos subjetivos individuales de cada uno de sus titulares, si bien el conflicto fáctico y, por tanto jurídico, puede adquirir un alcance plural, por encontrarse involucradas una multitud de personas<sup>21</sup>.

En esta línea de protección, y centrándonos en el concreto objeto de este estudio, incluye el legislador dentro del articulado dedicado a la injerencia de terceros en el proceso, un supuesto especial de intervención en los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios (art. 15 LEC), cuyo objeto esencial, como se verá seguidamente en los apartados siguientes, es dar la mayor difusión posible a la pendencia del proceso para posibilitar la intervención del mayor número de afectados.

Se trata de un supuesto de intervención provocada a instancia del juez, aunque a cargo de la parte actora, en cuanto asociación de consumidores y usuarios o grupo de afectados que inicia un proceso para la protección y defensa de esos intereses colectivos o difusos en los términos anteriormente apuntados. Sin embargo, aunque la llamada la realiza el juez, no se trata de una auténtica intervención *iussu iudicis* sino de una simple puesta en conocimiento por el juez a los afectados de la existencia del proceso en curso.

La regulación de este supuesto especial de intervención se estructura por el legislador en los cuatro apartados del art. 15 LEC. El primero de ellos se dedica a establecer una previsión general sobre la publicidad que se le ha de dar a todos los procesos iniciados para la defensa y protección de los derechos de consumidores y usuarios. A su vez, en los apartados segundo y tercero, se precisa este régimen de publicidad e intervención, en función de que los afectados por el evento dañoso que motivó la activación del proceso sean determinados o de fácil determinación o, en su caso, indeterminados, respectivamente.

Por lo demás, el apartado cuarto ha sido introducido por 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 (BOE nº 59, de 29.10.2002). Esta Ley regula la acción de cesación y modifica diversos preceptos de la LEC para hacer eficaz el ejercicio de dicha acción<sup>22</sup>. En concreto, este apartado cuarto del art. 15 LEC exceptúa del régimen de

---

<sup>21</sup> Véase, asimismo, SAP Sevilla, 22.1. 2004 (AC 5).

<sup>22</sup> Como se expresa en la Exposición de Motivos de esta Ley, la acción de cesación persigue un doble objetivo: obtener la condena judicial del demandado a cesar en el comportamiento lesivo para los intereses de los consumidores y usuarios, así como la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento. Esta

publicidad regulado en los apartados anteriores "los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios". La introducción de esta disposición se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2002 por el deseo de "garantizar la rapidez de los procedimientos judiciales en los que se ejerciten dichas acciones".

En cuanto al ámbito de aplicación de esta disposición del art. 15.4 LEC, conviene observar que la Ley 39/2002 ha modificado la legislación sectorial específica relativa a los concretos ámbitos en los que se pretende introducir la acción de cesación (p. ej., publicidad, condiciones generales de la contratación, medicamentos, radiodifusión televisiva, etc.). No obstante, también ha introducido una disposición adicional tercera en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que tiene carácter residual y que permite el ejercicio de dicha acción frente a las conductas de los empresarios y profesionales contrarias a la citada Ley, aunque no exista normativa específica<sup>23</sup>.

## ***2. La previsión general del art. 15.1 LEC***

El apartado primero del art. 15 LEC establece el concreto ámbito subjetivo al que se va a referir la intervención regulada en el precepto. De forma expresa se alude a "procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados" en relación a todos aquellos que "tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual".

De esta forma, en el precepto transcrito se alude, de un lado, a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y a los grupos de afectados como entidades legitimadas para la defensa de los derechos o intereses de los consumidores y usuarios, en coherencia con la previsión contenida en el art. 11 LEC; de otro lado, y de acuerdo con el art. 13.1.2º LEC, se permite la intervención de cada uno de los consumidores o usuarios que hayan resultado perjudicados por haber consumido un producto o contratado un servicio, con el objeto de defender su interés individual<sup>24</sup>.

---

acción también se podrá ejercitar para prohibir la realización futura de la conducta lesiva cuando ésta haya finalizado en el momento de ejercitar aquella, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración. Esto significa que la misma se dirige esencialmente a la tutela de intereses supraindividuales. Sobre la finalidad de la acción de cesación y los motivos que justifican la exclusión de la publicidad *ex art.* 15 LEC, respecto de ella, véase, SAP Sevilla, 22.1.2004 (AC 2004/5).

<sup>23</sup> Obsérvese, además, que, para el ejercicio de la acción de cesación en los concretos ámbitos en los que existe legislación específica, no están legitimados los grupos de afectados (véase, por ejemplo, arts. 16 LCGC; 10 ter.3 LGDCU; 121.3 Ley del Medicamento; o 29.3 Ley General de Publicidad). Por el contrario, para el ejercicio de otras acciones de cesación que sean posibles a la luz de la disposición adicional tercera de la LGDCU, también estarían legitimados los grupos de afectados, puesto que tal disposición se remite a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 11 LEC.

<sup>24</sup> Merece destacarse que el art. 15.1 LEC frente a la previsión del art. 13.1.2º LEC, hace depender la legitimación individual de los consumidores y usuarios para intervenir, de la condición de perjudicado o afectado por el



Asentada esta premisa, impone el legislador un llamamiento a todos esos consumidores o usuarios afectados con vistas a posibilitar su actuación procesal en el proceso iniciado por la asociación o grupo de afectados. No cabe duda sobre el carácter imperativo del llamamiento, en cuanto el legislador utiliza los términos "llamará" y "se hará", sin embargo, más problemático resulta determinar a quién le corresponde hacerlo, si a la parte demandante o al órgano jurisdiccional. Ante la falta de previsión al respecto, debería entenderse que el llamamiento se hará de oficio por el órgano jurisdiccional pero a costa de la parte actora.

En consecuencia, el coste del llamamiento recae directamente sobre el patrimonio de la asociación o grupo demandante, debiendo adelantar los gastos cuando en realidad se trata de una medida que la propia entidad no ha interesado. Podría pensarse que la solución a este desembolso, que puede llegar a ser bastante cuantioso, se encuentra en la disp. ad. 2ª de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE nº 11, de 12.1.1996) (en adelante LAJG), que reconoce a las asociaciones de consumidores y usuarios el derecho a la asistencia jurídica gratuita; sin embargo, no podemos olvidar que el art. 15.1 LEC, como veremos seguidamente, obliga a publicar el llamamiento "en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que haya manifestado la lesión" a los consumidores o usuarios, y que el derecho de asistencia jurídica gratuita no comprende la inserción de anuncios en periódicos no oficiales (art. 6.4 LAJG). Por tanto, la única forma que tiene la parte demandante de recuperar las cantidades previamente pagadas será por la vía de la condena en costas, que incluirá los gastos de "inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso" (art. 241.1.2º LEC).

Sin duda, la previsión del art. 15.1 LEC puede generar un auténtico obstáculo económico para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las asociaciones de consumidores y usuarios y grupos de afectados, por ello deberían buscarse medios para evitar que esto suceda<sup>25</sup>.

En lo que respecta a la forma en que debe efectuarse el llamamiento, tampoco aparece concretada en la ley, sino que alude solamente a "medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión", lo que apunta a que el legislador no parece querer referirse a la notificación a través de los boletines oficiales, sino que opta por los medios de comunicación social y no sólo los tradicionales (prensa escrita, radio, televisión) sino también las nuevas técnicas y medios que ofrecen los avances tecnológicos. Por tanto, queda al arbitrio judicial la elección del medio más adecuado para dar la mayor difusión a los afectados<sup>26</sup>.

---

consumo o uso del producto en que se basa la pretensión procesal ejercitada por la asociación; en cuanto, como señala acertadamente MORENO CATENA (2001, p. 153), "no es relevante ser *en general* consumidor de cualquier bien o servicio, lo que se convertiría prácticamente en una acción popular, sino en depender de un vínculo concreto y especial con el objeto del proceso".

<sup>25</sup> Véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES (2001, pp. 216 y 217) y MORENO CATENA (2001, p. 152), quienes ofrecen diversas soluciones prácticas ante este problema derivado de la previsión legal.

<sup>26</sup> Véase la AJPI nº 17 de Madrid, 18.10.2002 (AC 2003/363).

Guarda también silencio la ley sobre el ámbito concreto al que se debe extender la publicidad. Lo lógico será entender que la entidad demandante fije en la demanda el territorio concreto por el cual se ha extendido la lesión, aunque este hecho debe ser apreciado de oficio por el juez, de tal forma que será él quien lo determine *prima facie* a los efectos de la publicidad (MORENO CATENA 2001, p. 152).

Finalmente, aunque tampoco alude el art. 15.1 LEC al contenido del llamamiento que se va a hacer público, el mismo se deduce de su propia finalidad que sí aparece recogida de forma expresa en la citada norma: que los consumidores o usuarios perjudicados "hagan valer su derecho o interés individual". En consecuencia, contenido necesario de lo anunciado será: de un lado, la pretensión procesal, indicando de forma clara lo que se pide y los hechos en que se basa la concreta petición; de otro, los derechos procesales que le corresponden al consumidor o usuario perjudicado en cuanto llamado al proceso.

En los apartados siguientes se analiza el régimen jurídico y el tratamiento procesal de esta intervención, atendiendo a si se trata de una pluralidad determinada (art. 15.2 LEC) o indeterminada de perjudicados (art. 15.3 LEC).

### ***3. La intervención en los procesos con consumidores determinados o fácilmente determinables***

El apartado segundo del art. 15 LEC establece los trámites a seguir en el caso de procesos promovidos para la protección de intereses colectivos, esto es, cuando los consumidores o usuarios afectados estén determinados o sean de fácil determinación.

La primera cuestión que plantea la lectura del precepto es su coordinación con el apartado primero del mismo art. 15 LEC en cuanto, en principio, parece haber cierta duplicidad a la hora de regular los mecanismos para hacer público el proceso iniciado por la entidad actora. A saber, el art. 15.1 LEC como ya hemos visto, establece la obligación de llamar a los perjudicados publicando la admisión de la demanda en los medios de comunicación del ámbito territorial en que se ha producido el perjuicio; por su parte, el art. 15.2 LEC obliga al demandante a comunicar previamente a todos los perjudicados<sup>27</sup> la presentación de la demanda<sup>28</sup>.

No obstante, esa cierta duplicidad se justifica en cuanto los apartados comentados se complementan de tal forma que, si los perjudicados están determinados o son de fácil determinación, el demandante les comunicará previamente la presentación de la demanda. Si efectivamente se ha producido la comunicación y a todos los perjudicados se les ha informado de

---

<sup>27</sup> Aquí debe entenderse que el legislador se refiere a perjudicados en el sentido visto en el apartado anterior y no solamente "interesados", término que se utiliza en el art. 15.2 LEC.

<sup>28</sup> SAMANES ARA (2000, p. 153) califica de "excesiva" esa doble comunicación a los perjudicados del proceso en cuestión antes y después de la demanda. En un sentido similar, GONZÁLEZ GRANDA (2000, p. 86).

la inminente presentación de la demanda, el trámite del llamamiento previsto en el párrafo segundo del art. 15 LEC resulta innecesario (MORENO CATENA, 2001, p. 153). Ahora bien, si esa comunicación previa no se ha producido con respecto a todos los afectados, ante dificultades de localización que puedan surgir, el órgano jurisdiccional debe realizar el llamamiento en la forma prevista en el art. 15.2 LEC. Se trata, de esta forma, de garantizar plenamente que los consumidores o usuarios perjudicados conozcan la pendencia del proceso y puedan defender sus derechos de la forma que consideren más conveniente.

Esta comunicación debe ser realizada por la entidad demandante pues así lo establece de forma expresa el propio legislador ("el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda"), pero no concreta, en cambio si se trata de una carga o una obligación procesal en cuanto no establece la consecuencia del incumplimiento de la parte actora. No obstante, dados los términos categóricos de la norma debería entenderse que la entidad demandante está obligada a probar en el momento de la presentación de la demanda que ha cumplimentado el mandato de la notificación (GARCÍA TUÑÓN, 2000, p. 208; GARNICA MARTÍN, 2000, p. 231; GONZÁLEZ GRANDA, 2000, p. 87). En consecuencia, la comunicación previa de la intención de iniciar el proceso es un requisito indispensable para la admisibilidad de la demanda en los procesos para la protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios en los términos que establece el art. 403 LEC<sup>29</sup>.

La comunicación a los consumidores y usuarios perjudicados debe hacerse con carácter previo a la presentación de la demanda, de forma que nos encontramos ante una actuación extraprocesal que podrá realizarse en la forma que la parte actora considere más adecuada, siempre que quede constancia de su realización a efectos de su acreditación posterior ante el órgano jurisdiccional<sup>30</sup>. Precisamente, para facilitar este trámite de comunicación previa se ha introducido una diligencia preliminar específica en el art. 256.1.6º LEC, debiendo el órgano jurisdiccional adoptar todas las medidas que sean adecuadas para la averiguación de los integrantes del grupo de afectados.

La comunicación no debe tener por objeto la demanda en sí misma, esto es el propio escrito que se va a presentar ante el órgano jurisdiccional, sino la intención de demandar y el objeto concreto de la futura reclamación, así como la condición de perjudicado que tiene el destinatario y sus posibilidades de actuación dentro del proceso.

Nuevamente, los gastos derivados de esta comunicación previa a la iniciación del proceso por parte de la entidad demandante correrán a cargo de la misma pero con la agravante en este caso,

---

<sup>29</sup> En contra se manifiesta SAMANES ARA (2000, p. 154) para quien la falta de comunicación no traerá consigo la inadmisión de la demanda en cuando el art. 15.2 LEC no exige acreditar la realización de esa comunicación para admitir la demanda y porque no se trata de una conciliación, requerimiento, reclamación o consignación, de tal forma que el supuesto no se puede subsumir en el art. 403.3 LEC.

<sup>30</sup> Para GARNICA MARTÍN (2000, p. 231) sería suficiente con la comunicación a través del servicio de correos, de forma que para acreditar haber cumplido con esa obligación bastaría con al aportación al proceso de los acuses de recibo.

frente a lo que ocurre con el llamamiento previsto en el art. 15.1 LEC, de que no se trata de un concepto que pueda incluirse en las costas, de acuerdo con el tenor literal del art. 241 LEC.

Recibida la comunicación por el consumidor o usuario perjudicado, éste podrá actuar de la forma que considere más adecuada para la defensa de su interés individual. Así, podrá pasar a integrar la mayoría del grupo necesaria para demandar (art. 6.1.7º LEC), podrá adherirse a la demanda que va a presentar la entidad demandante (de acuerdo con el art. 11.2 LEC) o, en su caso, podrá intervenir en un momento posterior.

En este último caso, a este interviniente se le aplicarán las disposiciones generales establecidas en el art. 13 LEC, así como las más específicas del art. 15 LEC. De esta forma, el consumidor o usuario podrá intervenir en cualquier momento del proceso aunque "sólo podrá realizar los actos procesales que no hayan precluido" (art. 15.2 LEC). Esta limitación de las facultades del tercero contradice no sólo lo dispuesto en el art. 15.1 LEC cuando, con carácter general establece que "se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados... para que hagan valer su derecho o interés individual", sino también, el propio contenido de la figura del interviniente litisconsorcial que, en cuanto titular de la relación jurídica que se debate en el proceso, no puede tener limitadas sus facultades.

#### ***4. La intervención en los procesos con consumidores indeterminados o de difícil determinación***

El apartado tercero del art. 15 LEC regula determinadas especialidades del llamamiento y publicidad del proceso en el caso de que los perjudicados sean personas indeterminadas o de difícil determinación.

Dispone el legislador que el llamamiento a los perjudicados suspende el curso de proceso por un plazo que no podrá exceder de dos meses y que se determinará por el órgano jurisdiccional en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados<sup>31</sup>. Este efecto suspensivo del llamamiento tiene como contrapartida la preclusión de la personación posterior de los perjudicados, ya que no se permite una vez expirado el plazo fijado por el órgano jurisdiccional<sup>32</sup>. Por tanto, el proceso se reanudará con la intervención de todos los perjudicados personados sin que se admita ninguna intervención posterior. No obstante, el perjudicado ausente del proceso podrá beneficiarse de los

---

<sup>31</sup> Acertadamente considera SAMANES ARA (2000, p. 153) que la referencia a las circunstancias o complejidad del hecho es lógica en cuanto la dificultad y el tiempo que suele precisarse para preparar una estrategia procesal adecuada está en función de la complejidad del hecho. En cambio, la alusión a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados carece de sentido ya que nadie va a intentar localizarlos o determinarlos, de ahí que sea irrelevante ampliar el plazo en consideración a tal extremo.

<sup>32</sup> El efecto suspensivo que lleva aparejado el llamamiento debe plasmarse en la concreta comunicación que se haga a los perjudicados, indicándose así mismo el plazo de suspensión del proceso y la imposibilidad de personación con posterioridad al mismo.

efectos positivos de la sentencia para su posición jurídica de acuerdo con lo establecido en los arts. 221 LEC y siguiendo el procedimiento establecido en el art. 519 LEC. De esta forma, si la sentencia de condena no enumera a todos los perjudicados de forma individual, éstos podrán instar el incidente declarativo contradictorio dentro del proceso de ejecución, en el que se resolverá si, de acuerdo con los caracteres y requisitos establecidos en la sentencia, se reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la sentencia condenatoria. En este caso, el auto que pone fin al incidente les permitirá instar el proceso de ejecución.

La razón de la regulación de esta suspensión del proceso viene justificada por cuanto se conjuga, de un lado, la conveniencia de no interrumpir el proceso con un goteo constante de intervenciones que perjudicarían la buena marcha del proceso; de otro, la necesidad de asegurar que todo perjudicado que acredite su condición pueda verse beneficiado por la sentencia (MORENO CATENA, 2001, p. 154).

### *5. Efectos de la intervención procesal en los procesos de consumo*

Como ya se ha puesto de manifiesto, las particularidades del régimen de intervención procesal en los procesos de consumo reguladas en el art. 15 LEC se agotan en la publicidad que se le ha de dar al proceso a fin de posibilitar la intervención de los perjudicados, así como en la repercusión que tiene sobre el proceso pendiente la injerencia de los posibles intervinientes. Sin embargo, dicho precepto guarda un absoluto silencio sobre el tipo de intervención de que se trata y sobre los efectos de tal intervención para los afectados intervinientes.

Puesto que, como indica la propia rúbrica del art. 15 LEC, se trata de procesos para la protección de derechos e intereses de los consumidores y usuarios, pudiera parecer que estamos, en todo caso, ante supuestos de intervención adhesiva litisconsorcial *ex* art. 13 LEC, por cuanto los perjudicados intervienen para la defensa de un interés propio que les legitimaba para incoar el proceso por sí mismos. No obstante, creemos que no siempre será así, sino que, a este respecto, se deberá atender al tipo de derecho o interés para cuya tutela se activó el proceso y, consecuentemente, a la "legitimación" con la que litiga la asociación, entidad o grupo demandante<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> A pesar de que la atribución de legitimación a los grupos de afectados ha sido recibida con entusiasmo por la doctrina, que venía pidiendo un desarrollo legislativo de la misma desde que ésta se había previsto en el art. 7.3 LOPJ, creemos que ésta resulta de escasa utilidad al carecer el grupo de una personalidad jurídica diferenciada de la de sus integrantes. Es más, la ficción de atribuir al grupo capacidad y legitimación diferenciadas de la de los integrantes plantea serias dificultades interpretativas, máxime cuando se trata de la tutela de derechos individuales homogéneos, pues supondría situar un sujeto intermedio (el grupo) entre los afectados y el representante que actúa procesalmente, que no cumple función alguna. Por ello, creemos que las especialidades que prevé la LEC referidas a la actuación procesal de los grupos de afectados se debieran interpretar en el siguiente sentido. Cuando exista una pluralidad determinada de afectados por acto ilícito dañoso en el ámbito del consumo, si la mayoría de los afectados decide litigar conjuntamente, deberán hacerlo a través de un representante que, de hecho o por designación de tal mayoría, asuma tal representación. Con la exigencia de esta mayoría, se obtiene un primer indicio o presunción de que todos los afectados están representados por ese grupo que toma la iniciativa procesal, y, consecuentemente, por el representante designado por éste. Dicha representación puede ser confirmada o revocada por los afectados, tras la publicidad que se le ha de dar al

En este sentido, ya hemos apuntado al inicio de este comentario que, a pesar de que la terminología legal alude únicamente a intereses colectivos y difusos, en función del carácter determinado o no de sus titulares, se hace necesario distinguir, dentro de cada una de estas categorías de intereses, lo que son intereses supraindividuales de lo que son agregaciones o pluralidades de derechos individuales homogéneos de los consumidores y usuarios. La distinta naturaleza de estos derechos e intereses determina que la legitimación con la que litiga el ente colectivo sea distinta en uno y otro caso, lo que, a su vez, condiciona el tipo y los efectos de la intervención del perjudicado.

Cuando la asociación o entidad legalmente constituida litiga en defensa de un interés supraindividual (p. ej., el interés de los consumidores en que cese la emisión de publicidad engañosa; o el interés en que un servicio esencial se preste adecuadamente) lo hace en virtud de una legitimación extraordinaria que la ley le otorga en atención a su finalidad estatutaria. Es decir, en estos supuestos, la asociación activa el proceso en nombre e interés propio (el interés en cumplir con su finalidad estatutaria, art. 20.1 LGDCU) y, al mismo tiempo, en interés ajeno (el interés de los consumidores y usuarios titulares del interés supraindividual) y para la defensa de un interés ajeno, el interés supraindividual lesionado. Esto significa que aquellos afectados que opten por intervenir en el proceso promovido por la asociación lo harán en calidad de intervinientes adhesivos litisconsorciales, ya que son los titulares del derecho que se hace valer en el proceso. Por tanto, asumirán el *status* de parte procesal a todos los efectos (art. 13.3 LEC) y, en cuanto tales, la sentencia firme de fondo que ponga fin al proceso les alcanzará con su eficacia de cosa juzgada material<sup>34</sup>.

En cambio, cuando la asociación o entidad litigan en defensa de una pluralidad de derechos individuales homogéneos (p. ej., el derecho a obtener una indemnización o reparación que ostentan los consumidores que sufren un perjuicio económico por la adquisición de un producto defectuoso) lo hacen en calidad de representantes de los afectados, y no con legitimación propia (GARBERÍ LLOBREGAT, 2001, p. 607; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, 2001, p. 157 y 158). No se olvide que se trata de derechos estrictamente individuales, privativos y exclusivos de cada titular, sobre los que estos tienen un pleno y libre poder de disposición, y que la razón de su ejercicio acumulado por una asociación o entidad radica en la necesidad de reforzar la posición procesal de los perjudicados. Es por ello que la ley, en atención a su objeto estatutario y a su disponibilidad de mejores medios personales y materiales para litigar, hace recaer sobre estas

---

proceso y la comunicación personal de la presentación de la demanda que se ha de dirigir a todos ellos *ex art.* 15.2 LEC. Si los afectados optan por intervenir personalmente en el proceso para defender su derecho o interés, se entiende que revocan aquella representación, mientras que si se mantienen ajenos al proceso, se entiende que confirman la representación, que hasta el momento era presunta. En cualquier caso, los afectados habrán asumido el *status* de parte procesal, y como tales se verán directamente afectados por la sentencia que en su momento se dicte. Por tanto, en adelante, nos referiremos únicamente a los procesos promovidos por asociaciones o entidades legalmente constituidas.

<sup>34</sup> Obsérvese que dicha sentencia también afectará de modo directo a los demás consumidores y usuarios titulares del interés supraindividual, cuya lesión motivó el proceso, y que no han intervenido. Pero tal afectación ya no se produce en virtud de su condición de parte procesal, sino que obedece a la excepcional extensión *ultra partes* de los efectos de cosa juzgada material que, para tales supuestos, contempla el art. 222.3.I LEC.

asociaciones y entidades la representación de aquellos consumidores y usuarios afectados por el hecho dañoso que optan por no intervenir en el proceso.

Es ésta una representación voluntaria otorgada tácitamente que se asienta en un adecuado sistema de publicidad sobre el inicio y la pendencia del proceso. Es decir, cuando el art. 11.2 y 3 LEC atribuye "legitimación" a las asociaciones y entidades legalmente constituidas para litigar en defensa de los derechos individuales homogéneos de los consumidores y usuarios, lo que está haciendo en realidad es establecer una presunción *iuris tantum* de representación de los perjudicados por la asociación o entidad, que se asienta en el silencio, en la pasividad, del interesado ante el llamamiento al proceso y, en su caso, comunicación personal de la presentación de la demanda, que debe efectuar la entidad demandante *ex art. 15 LEC*.

Ante tal llamamiento, los perjudicados podrán intervenir en el proceso incoado por la asociación o entidad, asumiendo personalmente, o bajo otra representación, la defensa de su derecho lesionado. En otro caso, se entiende que confieren tácitamente la representación a la asociación o entidad para que sea ésta quien defienda sus derechos en el proceso, ejercitando acumuladamente una pluralidad de pretensiones con peticiones y causas de pedir idénticas o análogas.

Aquellos consumidores y usuarios que intervengan excluirán la representación del ente colectivo, y asumirán, a partir de entonces, la defensa de su derecho individual. Ahora bien, dada la conexión existente entre los distintos derechos ejercitados, continuarán beneficiándose de la actuación procesal de la asociación o entidad (p. ej., si la asociación logra acreditar que el empresario demandado es responsable de la conducta ilícita que causó el daño a una pluralidad de consumidores, está facilitando también la tutela del derecho de aquéllos que optaron por intervenir en el proceso y excluir la representación de la asociación). En relación con estos intervinientes, el art. 221.1.3<sup>a</sup> LEC dispone que la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

Por el contrario, los perjudicados que decidan mantenerse al margen del proceso estarán representados en el mismo por la asociación o entidad litigante, y la sentencia que en su momento se dicte deberá determinar individualmente quienes se deben entender beneficiados por la condena. Si tal determinación individual fuere imposible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos cuya concurrencia permite obtener el reconocimiento de la condición de beneficiario a través del trámite regulado en el art. 519 LEC.

Por tanto, cuando una asociación o entidad litigue en defensa de una pluralidad de derechos individuales homogéneos de los consumidores y usuarios, la sentencia afectará de modo directo a los perjudicados, alcanzándoles con su eficacia de cosa juzgada material. Y tal afectación se produce porque han sido parte en el proceso promovido por la asociación o entidad, litigando bien personalmente o bien representados por ésta. Esto significa que, en tales supuestos, no es de aplicación la regla excepcional contenida en el último inciso del art. 222.3.I LEC que contempla una hipótesis de extensión *ultra partes* de la cosa juzgada material.

## Bibliografía

Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1955), "Notas sobre la intervención principal en el proceso civil", en *Estudios de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid.

José GARBERÍ LLOBREGAT (2001), "Comentario al art. 222 LEC", en José GARBERÍ LLOBREGAT (Dir.), *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Vol. II, Bosch, Barcelona.

Ángel Marín GARCÍA TUÑÓN (2000), "Comentario al art. 15 LEC", en Antonio María LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Lex Nova, Valladolid.

Juan Francisco GARNICA MARTÍN (2000), "Comentario al art. 15 LEC", en Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, José María RIFÁ SOLER y Francisco VALLS GOMBAU (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Iurgium, Barcelona.

Piedad GONZÁLEZ GRANDA (2000), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I., Tecnos, Madrid.

Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES (2001), "Comentario al art. 11 LEC", en Faustino CORDÓN MORENO, Teresa ARMENTA DEU, Julio J. MUERZA ESPARZA e Isabel FERNÁNDEZ TAPIA (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, Pamplona.

-- (2001), "Comentario al art. 15 LEC", en Faustino CORDÓN MORENO, Teresa ARMENTA DEU, Julio J. MUERZA ESPARZA e Isabel FERNÁNDEZ TAPIA (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, Pamplona.

Tomás LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ (1990), *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Marcial Pons, Madrid.

Juan MONTERO AROCA (1972), *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona Hispano Europea, Barcelona.

Víctor MORENO CATENA (2001), "Comentario al art. 14 LEC", en Fernando ESCRIBANO MORA, José M<sup>a</sup> FERNÁNDEZ SEIJO y José FLORS MATÍES (coord.), *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia.

Leonardo PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ (Coord.) (1972), *Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Tecnos, Madrid.

Carmen SAMANES ARA (2000), *Las partes en el proceso*, La Ley, Madrid.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1968), "Intervención procesal", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIII., Francisco Seix, Barcelona.



# Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil

Arts. 16, 17, y 18

**Ignacio Colomer Hernández**

Facultad de derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

285

## Sumario

### Artículo 16. Sucesión procesal por muerte

#### SUCESIÓN PROCESAL POR TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DEL OBJETO LITIGIOSO

##### 1. Introducción

##### 2. Concepto

##### 3. Naturaleza jurídica

##### 4. Requisitos para la sucesión procesal por muerte de la persona física

###### 4.1. El deber de comunicar la muerte del litigante

###### 4.2. La pendencia de un proceso

###### 4.3. Existencia de un sucesor de la parte fallecida

###### a) Cuando la sucesión se produzca a título universal

###### b) Cuando la sucesión se produzca a título particular

###### c) Sucesión arrendaticia

###### d) Sucesión en los procesos relativos al estado civil de la persona

###### e) Sucesión en un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial

###### 4.4. Transmisión del objeto litigioso

###### 4.5. La personación del sucesor

##### 5. Procedimiento de la sucesión procesal por transmisión *mortis causa* del objeto litigioso

###### 5.1 Procedimiento en los casos de personación espontánea del sucesor (art. 16.1 LEC)

###### 5.2 Procedimiento en los casos que no haya personación espontánea del sucesor (art. 16.2 LEC)

### Artículo 17. Sucesión por transmisión del objeto litigioso

#### SUCESIÓN PROCESAL POR TRANSMISIÓN *INTER VIVOS* DEL OBJETO LITIGIOSO

##### 1. Concepto

##### 2. Naturaleza jurídica

##### 3. Requisitos de la sucesión procesal por transmisión entre vivos del objeto litigioso

###### 3.1. Existencia de una cosa litigiosa

###### 3.2. Pendencia de un proceso

###### 3.3. Transmisión de los derechos sobre la cosa litigiosa

###### 3.4. Personación del adquirente y petición de sucesión procesal

###### 3.5. Aprobación judicial de la sucesión

##### 4. Procedimiento para llevar a efecto la sucesión procesal por transmisión *inter vivos* del objeto litigioso

###### 4.1. Legitimación para solicitar el inicio del incidente de sucesión

###### 4.2. Solicitud de sucesión y sus efectos

4.3. La audiencia de los interesados en la sucesión

- a) Parte contraria no manifiesta oposición a la solicitud de sucesión
- b) Parte contraria manifiesta oposición a la solicitud de sucesión

4.4. Decisión judicial sobre la sucesión solicitada

5. Especialidades de la sucesión procesal provocada por la transmisión del objeto litigioso en un concurso de acreedores

Artículo 18. Sucesión en los casos de intervención provocada

SUCESIÓN PROCESAL EN LOS CASOS DE INTERVENCIÓN PROCESAL PROVOCADA DEL ARTÍCULO 14.2.4ª LEC

1. Concepto

2. Naturaleza jurídica

3. Requisitos

3.1. Existencia de una intervención forzada de un tercero ex artículo 14.2 LEC

3.2. Petición del demandado inicial solicitando la sucesión procesal

**Artículo 16. Sucesión procesal por muerte**

1. Cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos.

Comunicada la defunción de cualquier litigante por quien deba sucederle, el tribunal suspenderá el proceso y, previo traslado a las demás partes, acreditados la defunción y el título sucesorio y cumplidos los trámites pertinentes, tendrá, en su caso, por personado al sucesor en nombre del litigante difunto, teniéndolo en cuenta en la sentencia que se dicte.

2. Cuando la defunción de un litigante conste al tribunal y no se personare el sucesor en el plazo de los cinco días siguientes, se permitirá a las demás partes pedir, con identificación de los sucesores y de su domicilio o residencia, que se les notifique la existencia del proceso, emplazándoles para comparecer en el plazo de diez días.

Acordada la notificación, se suspenderá el proceso hasta que comparezcan los sucesores o finalice el plazo para la comparecencia.

3. Cuando el litigante fallecido sea el demandado y las demás partes no conocieren a los sucesores o éstos no pudieran ser localizados o no quisieran comparecer, el proceso seguirá adelante declarándose la rebeldía de la parte demandada.

Si el litigante fallecido fuese el demandante y sus sucesores no se personasen por cualquiera de las dos primeras circunstancias expresadas en el párrafo anterior, se entenderá que ha habido desistimiento, salvo que el demandado se opusiere, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el apartado tercero del art. 20. Si la no personación de los sucesores se debiese a que no quisieran comparecer, se entenderá que la parte demandante renuncia a la acción ejercitada.

## Comentario

### SUCESIÓN PROCESAL POR TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA DEL OBJETO LITIGIOSO

#### 1. *Introducción*

El art. 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), bajo la rúbrica “Sucesión procesal por muerte”, se encarga de regular los supuestos de sucesión procesal por muerte de la persona física y transmisión *mortis causa* de la cosa litigiosa a sus causahabientes. Esta rúbrica constituye el objeto de la primera de las consideraciones a que debe hacer frente la regulación de la actual Ley. En efecto, la expresión «sucesión por muerte» es absolutamente deficiente para indicar la esencia de la figura regulada ya que, desde este momento inicial, hemos de tener en cuenta que la causa de la sucesión no se encuentra en el hecho del fallecimiento de una persona, sino en la transmisión de los derechos de la cosa litigiosa. La explicación de las razones que han llevado a formular una rúbrica en este sentido la encontramos en la regulación que la antigua LEC de 1881 contenía en su art. 9.7º. Dicha norma hacía hincapié en la muerte de la parte como causa del cese del poder del procurador para, a partir de ese dato, permitir el acceso de los sucesores a la causa. Sin embargo, la actual normativa articula el régimen de la sucesión procesal con base en el origen de la transmisión (*mortis causa*, entre vivos) y deja, curiosamente, sin regular los supuestos de extinción de la personalidad jurídica (fusión y escisión de sociedades) por su peculiar naturaleza.

#### 2. *Concepto*

La sucesión procesal *mortis causa* es aquel fenómeno que se produce cuando, por la muerte o fallecimiento de cualquiera de los litigantes, se transmite la cosa litigiosa por vía hereditaria. El fallecimiento de una persona produce como efecto que sus herederos le sucedan, por el mero hecho de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 CC) y, por ello, no es extraño que la norma procesal recoja la posibilidad de que los herederos sucedan en su posición procesal a su causante. De lo contrario, es decir, si la ley hubiese optado por extinguir el proceso tras la muerte de alguno de los litigantes, la norma sería claramente injusta, ya que esa actuación equivaldría a prejuzgar indebidamente el derecho de cualquiera de las partes. Y es que, en definitiva, en estos supuestos de sucesión procesal por causa de muerte de la persona física, la norma procesal se limita a aplicar el fundamento que subyace en la sucesión hereditaria, que no es otro que evitar que la muerte de un sujeto suponga la extinción de las relaciones jurídicas existentes y, entre ellas, también las derivadas de un proceso iniciado y pendiente.

### 3. Naturaleza jurídica

La naturaleza imprevisible e inevitable del acto que abre paso a la sucesión (muerte del causante) tiene su reflejo en la propia consideración de la sucesión procesal *mortis causa* como un supuesto de sucesión obligatoria en la que “el cambio de titularidad del bien litigioso se impone forzosamente» y en la que «toda posibilidad de fraude queda absolutamente excluida”. De ahí que, para la inmensa mayoría de ordenamientos de nuestro entorno, sea relevante la muerte del litigante y reconozcan la posibilidad de reanudar el proceso por parte de los herederos del difunto o frente a ellos.

La consecuencia directa que tiene el hecho de que la transmisión del objeto litigioso sea debida a la muerte del litigante es que, verificada dicha transmisión, la situación no puede volver hacia atrás, no hay posibilidad de modificar la realidad. Y, por esta razón, una vez comparecido el sucesor, el art. 16 LEC prevé que se lleve a cabo la sucesión procesal, es decir, el cambio de persona en la posición procesal del actor o demandado fallecidos, sin necesidad de escuchar a la contraparte inicial. Se trata, por tanto, de una sucesión procesal que se acuerda sin oír al litigante no fallecido, ya que no hay posibilidad de fraude en la transmisión de la cosa litigiosa dada la extinción de la personalidad que produce la muerte del litigante causante.

Se trata, pues, de un supuesto de sucesión procesal forzosa. Esto significa que los cambios que se produzcan en la relación material subyacente al proceso han de tener necesariamente un reflejo en la relación jurídico procesal. De ahí que, por tanto, la muerte de uno de los litigantes deba influir en todo caso en el proceso, tanto si sus herederos se personan en la causa como si no lo hacen, de modo que la no personación provocará que el pleito continúe en rebeldía o que se produzca el desistimiento o la renuncia a la acción según la parte no compareciente (art. 16.3 LEC), pero no tendrá como efecto impedir la sucesión procesal.

La muerte de un litigante produce como efecto la sucesión procesal sin necesidad de contar con la voluntad de los herederos del fallecido pues, una vez que conste al tribunal el hecho de la defunción (art. 16.2 LEC), podrá pedir la comparecencia de los sucesores en la causa. De manera que, sólo en dicho momento, desplegará su eficacia la voluntad del sucesor, ya que es entonces cuando podrá decidir si comparece o no formalmente para la defensa de sus derechos.

### 4. Requisitos para la sucesión procesal por muerte de la persona física.

El Tribunal Constitucional ha sintetizado, con ocasión del ATC 242/1998, los requisitos que debe reunir la sucesión *mortis causa*, al señalar que los “presupuestos formales que, en principio, permiten tal continuidad en el ejercicio de la acción aun desaparecido el titular del derecho litigioso, originariamente legitimado a saber: litispendencia o existencia de un proceso pendiente, petición expresa de otra persona para suceder al inicial demandante y acreditamiento del título justificativo

de la instada sucesión. Pero junto a estos requisitos formales, ha de añadirse otro de carácter sustantivo, atinente a que tal sucesión procesal o continuidad en el ejercicio de la pretensión tenga viabilidad jurídica, por tratarse de acciones o pretensiones transmisibles, o lo que es lo mismo, que el derecho controvertido (en este caso, el derecho fundamental cuya reparación se nos recaba en sede de amparo constitucional), y, más precisamente, la acción ya emprendida para su reconocimiento y protección, sea susceptible de ser ejercitada por persona diversa a la de su originario titular, el inicial demandante”.

Sin embargo, no debe olvidarse que esta indicación del Tribunal Constitucional se produjo en un momento en el que la LEC entonces vigente no recogía explícitamente la figura de la sucesión procesal. De ahí que, en la actualidad, los requisitos se deban extraer del contenido del art. 16 LEC, que los concreta esencialmente en: comunicar la muerte del litigante; la pendencia de un proceso cuando acontece el fallecimiento; la existencia de un sucesor de la parte fallecida y, por último, que haya una efectiva transmisión del objeto litigioso.

#### **4.1. El deber de comunicar la muerte del litigante**

El primero de los presupuestos necesarios para que pueda operar la sucesión procesal por muerte es que efectivamente se haya producido el fallecimiento de uno de los litigantes o, más específicamente, que el hecho de la muerte haya sido comunicado al órgano jurisdiccional. Sólo tras la comunicación al juez o tribunal se inicia el procedimiento para que acontecimientos de la vida real – muerte de un litigante – produzcan efectos en el proceso iniciado y pendiente.

Resulta llamativo que el art. 16.1 establezca que “comunicada la defunción de cualquier litigante por quien deba sucederle” ya que, del tenor literal, parece deducirse un monopolio a favor del sucesor para comunicar la muerte de su causante. Sin embargo, tal conclusión no es real, pues la información sobre el fallecimiento se la puede suministrar al juez cualquier persona y, especialmente, el procurador de la parte fallecida que está obligado a comunicar la muerte de un poderdante (art. 30.1.3º). En consecuencia, la sucesión procesal por muerte no va a depender de la voluntad del sucesor sino que puede iniciarse por cualquier otra persona, puesto que la Ley está interesada en que los cambios acaecidos en la relación jurídico material (fallecimiento) siempre encuentren reflejo en el proceso iniciado. Para ello, la jurisprudencia, al amparo de la LEC de 1881, ha venido sosteniendo que existe un deber de comunicar la muerte, que grava tanto a los sucesores como al procurador del fallecido, de manera que una eventual falta de comunicación del fallecimiento supone un fraude procesal (véase la STS, 1ª, 5.6.1998, FJ 6º).

Como conclusión, se puede extraer la idea de que la muerte, ese hecho imprevisible e inevitable, constituye una realidad material que, siempre que afecte a los litigantes de una causa, debe tener efecto en el proceso y, con tal finalidad, la Ley establece un sistema global (art. 16.1 y 30.1.3º) para garantizar que los jueces y tribunales puedan tener conocimiento de los fallecimientos acaecidos.

#### 4.2. La pendencia de un proceso

El segundo de los requisitos para que pueda darse la sucesión *mortis causa*, a pesar de no venir expresamente contemplado en el art. 16, se concreta en la necesidad de que exista un proceso abierto entre el litigante fallecido y su contraparte.

La muerte del litigante y la consiguiente transmisión del objeto litigioso debe producirse una vez iniciado el proceso, es decir desde “la interposición de la demanda, si después es admitida” (art. 410 LEC), y hasta la fase de ejecución de la sentencia firme, tal como prevé el art. 540 LEC. En consecuencia, la sucesión procesal puede operar durante la primera instancia, en la fase de recurso devolutivo o, incluso, en fase de ejecución de la sentencia firme. En todos estos momentos se podrá hacer valer, en el proceso iniciado, las consecuencias derivadas de la muerte de alguna de las partes, y ello a pesar de que el art. 16 LEC sólo recoja los efectos del procedimiento para la sucesión procesal en la primera instancia. Y es que, el hecho de que la regulación se limite a la primera fase del procedimiento, no puede interpretarse como una prohibición de sucesión procesal en vía de recurso o en fase de ejecución, puesto que, como es lógico, las vicisitudes de la relación material, en concreto el fallecimiento de uno de los litigantes, tendrá repercusiones en la relación jurídico procesal mientras ésta esté abierta, y no sólo en la primera instancia.

#### 4.3. Existencia de un sucesor de la parte fallecida

Un presupuesto imprescindible para que pueda producirse la sucesión procesal se materializa en la existencia de un sucesor del litigante fallecido, que ocupe su posición jurídica en la relación material subyacente al proceso y que, por ende, deba ocupar la posición jurídica procesal del finado. Es un presupuesto subjetivo que se ha de precisar en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes, pero que permite, siquiera de manera aproximada, determinar quiénes serán los sucesores atendiendo al tipo o clase de sucesión abierta.

##### a) Cuando la sucesión se produzca a título universal

La regla general es que los herederos suceden al difunto, por el mero hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 CC). Por tanto, en los casos de sucesión universal, son los herederos los que ostentarán la condición de sucesores reales para poder ocupar la posición procesal del causante difunto. Ahora bien, el problema se plantea cuando se debe determinar en concreto quién debe ser el sucesor procesal según el estado y momento en que se encuentre el procedimiento hereditario previsto en el Código Civil. Al respecto, son tres las posibles situaciones que puede atravesar el procedimiento hereditario de sucesión: a) Herencia no aceptada por los herederos; b) Herencia aceptada y no particida; c) Herencia aceptada y partición realizada.



Así, en primer lugar, mientras que los herederos no manifiesten su aceptación a la herencia del causante, el procedimiento sucesorio atraviesa una situación de yacencia. En estos supuestos de falta transitoria de aceptación de la herencia, la sucesión procesal tendrá lugar respecto de la propia herencia yacente, es decir, la que sucede es la masa patrimonial autónoma o el patrimonio separado que carece transitoriamente de titular hasta que se produzca la aceptación por alguno de los herederos. En este sentido, la actual LEC ha solucionado la controversia que existía en la doctrina y jurisprudencia sobre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal de la herencia yacente, reconociendo, el art. 6.1.4º, capacidad para ser parte en cualquier proceso a la herencia yacente, que deberá actuar en la causa por medio de quienes legalmente la administren (art. 7.5 LEC), es decir, por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales (STS 12.5.1987).

En segundo lugar, para el caso de que la herencia haya sido aceptada por los herederos sin que todavía se haya realizado la partición en la que se atribuya el objeto litigioso a uno o varios de los herederos del causante, estará legitimada para suceder en el proceso la comunidad hereditaria. De ahí que cualquiera de los herederos pueda suceder al fallecido siempre que actúe en beneficio de la comunidad.

Por último, cuando la herencia haya sido aceptada y partida, la legitimación para suceder quedará circunscrita al heredero al que corresponda la cosa litigiosa dentro de su cuota hereditaria, es decir, al coheredero que haya resultado adjudicatario del bien o derecho objeto del litigio.

### **b) Cuando la sucesión se produzca a título particular**

La sucesión particular supone la atribución de un derecho singular —o una suma de derechos singulares— a un nuevo titular, causahabiente de uno anterior. Por tanto, el legatario, a diferencia del heredero, es un simple receptor de bienes, es decir, un sucesor en relaciones jurídicas concretas.

Por ello, a la hora de que se produzca una sucesión a título particular, hemos de diferenciar dos grandes hipótesis:

#### **-Legado genérico**

Cuando la sucesión a título particular recaiga sobre una cosa mueble genérica, el legado será válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia (art. 875.1 CC). En estos casos, la legitimación para ser sucesor procesal corresponde al heredero que, según dispone el art. 875.3 CC, queda obligado a cumplir el legado mediante la entrega de una cosa que no sea de calidad inferior ni superior. Por tanto, en estos supuestos de legados genéricos, el sucesor procesal del litigante fallecido debe ser el heredero como sucesor universal de todos los bienes y derechos del causante puesto que, entre otras razones, el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero (art. 885 CC).

- Legado de cosa específica y determinada

Cuando el legatario sucede a título particular sobre una cosa concreta y determinada, adquiere su propiedad directamente del causante (art. 882.1 CC). En consecuencia, cuando el objeto del legado sea una cosa litigiosa, su legatario estará legitimado para la sucesión procesal, siempre que el pleito verse sobre la propiedad de dicha cosa.

Ahora bien, es preciso distinguir si la cosa legada pertenece o no al causante. En primer lugar, para el caso de que la cosa legada no pertenezca al patrimonio del deudor, es decir, si se trata de un legado de cosa ajena, no hay duda de que no se producirá un fenómeno de sucesión procesal *mortis causa*, porque la muerte del causante será irrelevante para el proceso pendiente, ya que no afectará a los litigantes que, por esencia, son personas distintas del fallecido. Por el contrario, si el legado recae sobre cosa propia del causante, el legatario estará legitimado para suceder, procesalmente, en el pleito pendiente, una vez que haya aceptado dicho legado.

#### **c) Sucesión arrendaticia**

La posibilidad de determinar la persona del sucesor en las relaciones arrendaticias plantea algunas especialidades que merecen alguna consideración, tanto para los arrendamientos urbanos como para los arrendamientos rústicos.

En concreto, la especialidad que presenta la determinación del sucesor procesal en los casos de arrendamientos urbanos se halla en el hecho de que la transmisión de los derechos arrendaticios se produce *ope legis* a las personas previstas en los arts. 16 y 33 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En cambio, la problemática de los arrendamientos rústicos se plantea con relación a la transmisibilidad o no del derecho del arrendatario de acceso a la propiedad de la finca arrendada (Véase la SAP Asturias, 22.6.1999, RA 6070/1999, FJ. 3º), y a los requisitos que son exigibles para determinar el sucesor (condición de profesional de la agricultura según la LAR).

#### **d) Sucesión en los procesos relativos al estado civil de la persona**

En aquellos procesos relativos al estado civil de la persona que, por esencia, son de naturaleza no dispositiva, se han planteado algunas dudas a la hora de determinar si es posible que exista un sucesor del litigante fallecido y, en su caso, quién debe ser dicho sucesor.

Así, en relación con las acciones de filiación, el art. 765.2 de la LEC prevé que, tras la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones interpuestas con la finalidad de impugnar o reclamar la filiación.

Por el contrario, en los procesos matrimoniales no puede darse este fenómeno de la sucesión procesal ya que, por su propia esencia, tras el fallecimiento del cónyuge/litigante, no existen terceros legitimados que puedan subentrar en la posición jurídica procesal de la parte fallecida. En efecto, parece evidente que la muerte de un litigante en un procedimiento de separación o divorcio no autoriza a sus herederos a sucederle en el pleito, toda vez que el procedimiento pierde su objeto, pues el fallecimiento del cónyuge hace ineficaz la pretensión de separación matrimonial o de extinción del vínculo por divorcio. En particular, esta conclusión viene apoyada para el caso del proceso de divorcio por el tenor literal del art. 88 CC cuando señala que “la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges (...)”.

Sin embargo, distinta es la problemática de los procesos de nulidad matrimonial cuando fallece uno de los litigantes. En estos casos, la amplia legitimación que reconoce el art. 74 CC ha permitido que, ya de antiguo, al amparo del derogado art. 102 CC, se sostenga la posibilidad de que los herederos del cónyuge fallecido, acreditando la pervivencia del interés que legitimaba a su causante, puedan sucederle en la causa pendiente. La cuestión no es sencilla de resolver pues, si de una parte, es cierto que el art. 74 CC concede una amplia legitimación para recurrir, de otra parte, no se debe olvidar que esa legitimación a cualquier persona requiere en ella, cuando menos, un interés directo y legítimo en obtener la nulidad. De ahí que, por tanto, para que los herederos puedan continuar con la acción de nulidad ejercitada, deberán tener un interés directo y legítimo que se lo permita.

#### **e) Sucesión en un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial**

Si, como hemos visto anteriormente, los herederos no pueden suceder a su causante en los procesos matrimoniales iniciados, muy distinta es la realidad cuando el objeto que se ventila en el pleito es la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806-811 LEC). En estos casos, resulta evidente la existencia de un interés directo y legítimo de los herederos encaminado a depurar el patrimonio de su causante, lo que les legitima a suceder a la parte fallecida en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial.

#### **4.4. Transmisión del objeto litigioso**

El cuarto de los requisitos que se puede deducir del art. 16 LEC es la necesaria transmisión del objeto litigioso. En este sentido, hay que recalcar que no es suficiente con que se produzca la muerte de uno de los litigantes para que se produzca la sucesión procesal *mortis causa*, sino que resulta imprescindible que ese fallecimiento traiga como consecuencia la transmisión del objeto litigioso. Se trata, en definitiva, de una exigencia esencial para que pueda tener efecto la sucesión procesal ya que, de lo contrario, es decir, si el objeto litigioso no es transmisible, la muerte del litigante inicial resulta intrascendente para producir un eventual cambio subjetivo en la relación jurídica procesal.

La cuestión está, por tanto, en determinar los supuestos en los que la cosa litigiosa será transmisible, y aquellos otros en los que, por ser intransmisible el objeto procesal, la muerte del litigante acarreará la extinción del proceso iniciado.

Un primer criterio para determinar la transmisibilidad del objeto litigioso lo encontramos acudiendo a su naturaleza. Así, como regla general, son transmisibles los bienes y derechos de contenido patrimonial (art. 659 CC) y, al tiempo, en líneas generales, son intransmisibles *mortis causa* los derechos personalísimos de la persona. Sin embargo, no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional, en su Auto nº 242/1998 (FJ. 3º), ha considerado reductora e insuficiente esta tesis patrimonialista.

Ahora bien, por lo que respecta a los derechos personalísimos, hay que hacer una distinción más precisa, puesto que dentro de dicha categoría existen algunos derechos que sí son transmisibles a los sucesores. Así, por ejemplo, en los procesos de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, podrá suceder en el proceso al titular del derecho fallecido, bien la persona física o jurídica que hubiese designado en su testamento o bien, en su defecto, el cónyuge, los descendientes, ascendientes, hermanos y el Ministerio Fiscal (art. 6.2 LO 1/1982 de Protección del Derecho al Honor, la Intimidad personal y familiar, y la Propia Imagen). Por el contrario, no es posible la sucesión en el proceso de separación matrimonial, de divorcio (art. 88 CC) o de incapacitación cuando el fallecido sea el presunto incapaz.

Por lo que respecta a los procesos de filiación, conforme dispone el art. 765.2 LEC, las acciones de determinación o impugnación de la filiación ejercitadas por el fallecido podrán ser continuadas por sus herederos a la muerte del actor. Asimismo, el art. 766 LEC reconoce la posibilidad a los herederos de suceder a su causante en la posición pasiva o demandada de los procesos dirigidos a determinar o impugnar la filiación.

Por último, y para finalizar con este requisito de la transmisión *mortis causa* de la cosa litigiosa, hay que destacar la existencia de una serie de supuestos en los que la transmisibilidad o no del objeto litigioso no viene determinada por la naturaleza del derecho o bien a transmitir, sino por la concurrencia de las exigencias legales para la atribución del derecho. En este sentido, un ejemplo paradigmático lo encontramos en la LAU cuando en sus arts. 16 y 33 determina quiénes serán los sucesores de los derechos arrendaticios del finado. Así, por ejemplo, el art. 33 LAU condiciona la subrogación del heredero o legatario en la posición del arrendatario fallecido de un local de negocio al hecho de que el sucesor continúe en el ejercicio de la misma actividad empresarial o profesional. Por tanto, en estos supuestos, la transmisibilidad del objeto litigioso viene condicionada por una serie de requisitos internos impuestos por la Ley.

#### 4.5. La personación del sucesor

Este requisito juega un papel ciertamente curioso en la sucesión procesal por muerte de la persona física, ya que no siempre es necesaria su concurrencia para que pueda entenderse producida la sucesión procesal. Y es que, en efecto, la personación del sucesor, a diferencia de lo que ocurre con la sucesión procesal *inter vivos*, en la que es imprescindible, no resulta obligatoria para que los herederos del causante puedan ocupar su posición procesal. Así, no se debe perder de vista que se trata de una sucesión que deriva de un acontecimiento imprevisible e inevitable en cuanto a su origen, y en el que la voluntad de las partes nada puede hacer por impedirlo o alterarlo en fraude o perjuicio de terceros. De ahí que se reconozca y se dé relevancia procesal a la sucesión *mortis causa* sin que sea necesaria la exteriorización de una voluntad conforme del sucesor a través de su correspondiente personación en la causa.

A pesar de que la posibilidad de personación del sucesor se prevé facultativa en estos casos de transmisión *mortis causa* del objeto litigioso (art. 16.1 LEC), pero dado que hasta cierto punto constituyen la hipótesis más usual en la mente del legislador, se hace imprescindible analizar a continuación los momentos, especialidades y efectos que tiene la personación del heredero o sucesor de un litigante fallecido en un pleito abierto, así como las ficciones legales que genera el hecho de que el sucesor no se persone a suceder a su causante en el proceso abierto (art. 16.2 y 3).

En este sentido, de lo preceptuado en el art. 16 LEC, se pueden distinguir dos grandes supuestos en relación con la presencia del sucesor en el proceso: de un lado, la comparecencia voluntaria del sucesor (art. 16.1) y, de otro lado, la no personación del causahabiente del litigante fallecido (art. 16.2).

- Personación voluntaria del sucesor en el proceso.

Esta es la hipótesis que se configura como más normal y general por la Ley. El heredero o herederos, tras la muerte de su causante, y siendo conscientes de la existencia de un pleito sobre un bien o derecho perteneciente al caudal hereditario, se personan en la causa para suceder a la parte fallecida en el proceso iniciado.

La personación del causahabiente debe ser activa, no sólo porque ejercita un acto de voluntad al comunicar la muerte de la parte y solicitar la sucesión sino, sobre todo, porque debe acreditar su condición de sucesor legítimo. Para ello, la ley exige que acredite la defunción del litigante y el título sucesorio que le legitima para ocupar la posición de su causante en el proceso iniciado. Por lo que respecta a la intensidad con la que deben probarse ambas circunstancias, basta exigir un principio de prueba, sin que sea necesaria una prueba plena de la condición de sucesor.

Una vez presentada la documentación a través de la que se pretende acreditar la condición de sucesor legítimo del causahabiente, corresponde al juez decidir en su caso si tiene por “personado o no al sucesor en nombre del litigante difunto, teniéndolo en cuenta en la sentencia que dicte” (art. 16.1 LEC).

- No personación del sucesor en el procedimiento

Para todos los casos en los que falta la personación del sucesor, pero en los que necesariamente debe producirse la sucesión procesal dada la extinción de la personalidad del inicial litigante, la Ley prevé en los números 2 y 3 del art. 16 una serie de ficciones legales en las que atribuye determinados efectos a la incomparecencia del sucesor, tanto en la posición activa como en la veste de demandado en el pleito pendiente.

#### I) No comparecencia del sucesor en la posición del demandado fallecido (art. 16.3.I)

Una vez transcurridos cinco días desde que el tribunal tuviese noticia de la defunción sin que se hubiesen personado los sucesores, el juez permitirá a las restantes partes pedir que se les emplace para comparecer en el plazo de diez días, siempre que identifiquen a los sucesores y su domicilio o residencia (art. 16.2). Es decir, después de que el órgano jurisdiccional tenga conocimiento de la muerte del litigante por cualquier medio que no sea la información suministrada por el eventual sucesor, concederá a las restantes partes la posibilidad de emplazarlos cuando se cumplan dos requisitos: de una parte, que exista una identificación completa de los sucesores y, de otra parte, que haya indicación de su domicilio o residencia.

Por tanto, se puede deducir que, a efectos prácticos, transcurridos cinco días desde que el tribunal haya tomado conocimiento de la muerte sin que el sucesor haya aparecido, se abren dos posibilidades de actuación: una primera, que los restantes litigantes emplacen a los sucesores, si los tienen identificados y conocen sus domicilios o residencias; y, una segunda posibilidad, que no se emplace a los causahabientes por no estar identificados.

De ahí que, en consecuencia, serán tres los posibles motivos por los que un sucesor no comparecerá a sostener la posición de su causante: 1) Porque las partes iniciales del proceso no conozcan a los sucesores del fallecido; 2) Porque los sucesores no puedan ser localizados; 3) Por voluntad contraria a la personación por parte de quien debe comparecer.

Estas tres causas o motivos pueden explicar la ausencia de los sucesores en el proceso en que su causante sea demandado. Sin embargo, todas ellas producen, como efecto derivado de la incomparecencia del causahabiente, que el proceso siga su curso, declarándose la rebeldía de la parte demandada. Esta solución unitaria del legislador de aplicar la misma consecuencia –declaración de

rebeldía— con independencia de cuáles sean las causas de la no personación del deudor, no parece muy correcta.

El uso del expediente de la rebeldía sólo se justifica para los problemas de identificación de la persona de los sucesores y no, en cambio, para los de determinación de la existencia o no de sucesores. Y es que, si lo que impidiese el emplazamiento fuera el que no se tuviese constancia de la existencia de causahabientes o sucesores del fallecido, no habría sucesión procesal *mortis causa* por faltar uno de sus requisitos, la existencia de un legítimo sucesor. Pero, en cambio, lo que el tribunal reconoce cuando declara la rebeldía es que hay un sucesor legítimo, aunque se desconoce su identidad, lo que impide su emplazamiento para personarse en la causa con posición de demandada. La rebeldía en estos supuestos protege los intereses de la parte demandante, ya que permite que prosiga el proceso hasta su finalización, con la esperanza de que pueda ser identificado el sucesor dentro del procedimiento hereditario que se desarrolla paralelamente a la tramitación del proceso.

## II) No personación del sucesor en la posición del demandante fallecido (art. 16.3.II)

El procedimiento es el mismo que se ha indicado para la sucesión del demandado. Es decir, tomado conocimiento de la muerte del demandante por parte del tribunal, y tras el transcurso del plazo de cinco días sin que el sucesor comparezca a sostener su derecho, el juez permitirá a las demás partes que pidan el emplazamiento de los sucesores de la parte actora, con identificación de los mismos y de su domicilio o residencia, para su comparecencia en un plazo de diez días, durante los cuales el procedimiento quedará suspenso.

La ley, con una mayor precisión que la empleada para tratar la no personación del sucesor del demandado, diferencia los efectos de la no comparecencia de los causahabientes del demandante según la voluntariedad o no que presida la inasistencia del sucesor. Obsérvese, sin embargo, que, en todo caso, la interpretación que la Ley hace de esa inasistencia de los sucesores del demandante se encamina a proteger los intereses de la parte demandada y, para ello, se pone fin de manera provisional (desistimiento) o de manera definitiva (renuncia a la acción) a la pretensión iniciada, según que la incomparecencia sea involuntaria o conscientemente querida por los causahabientes del demandante. Por tanto, con estas ficciones legales del art. 16.3.2, el legislador intenta evitar que la situación perjudicial que supone la existencia de un proceso abierto para un demandado, se pueda prorrogar indefinidamente por la incomparecencia de los sucesores del demandante.

## ***5. Procedimiento de la sucesión procesal por transmisión mortis causa del objeto litigioso***

A lo largo del análisis de los requisitos de la sucesión procesal hemos ido tratando diversos aspectos controvertidos del procedimiento o incidente para llevar a efecto la sucesión procesal *mortis causa*.

Empero, como quiera que es necesario un estudio lineal de la dinámica procedimental prevista en la LEC, es preciso, a nuestro juicio, separar cada una de las posibles vías procedimentales a través de las cuales la sucesión material pueda tener reflejo en el proceso pendiente. Por ello, hay que diferenciar las siguientes posibilidades de tramitación: A) Personación espontánea del sucesor (art. 16.1); B) No personación espontánea del sucesor (art. 16.2).

### **5.1 Procedimiento en los casos de personación espontánea del sucesor (art. 16.1 LEC)**

La hipótesis prevista por la Ley para estos casos es que el sucesor *mortis causa* de alguno de los litigantes comparece en el proceso comunicando el fallecimiento de su causante y manifestando su intención de ocupar su posición procesal a todos los efectos. Para ello, el sucesor debe comunicar la defunción al tribunal, que suspenderá el proceso. La norma no establece plazo para dicha suspensión, por lo que ésta deberá durar el tiempo necesario para que pueda acreditarse la muerte del litigante y la condición de sucesor legítimo del causahabiente personado espontáneamente. Al respecto, el propio art. 16.1 prevé que se dé traslado a las restantes partes de la comunicación de la muerte efectuada por el sucesor, así como de la documentación aportada en la que se fundamente el fallecimiento del litigante y su condición de legítimo sucesor del finado. Esta es una novedad frente a la antigua legislación, pues se permite una contradicción limitada de las restantes partes a efectos de verificar y comprobar la realidad y legalidad de los presupuestos para que proceda la sucesión *mortis causa* en el proceso (muerte de la parte y condición de sucesor).

Una vez que las restantes partes hayan sido oídas sobre la acreditación de la muerte del litigante y sobre la condición de legítimos sucesores de los causahabientes personados espontáneamente para pedir la sucesión *mortis causa* en el proceso iniciado, le corresponderá al juez decidir mediante auto si acepta la personación y consiguiente sucesión procesal del causahabiente comparecido en la posición del litigante fallecido. La decisión judicial debe ponderar varios extremos antes de decidirse por aceptar la personación del sucesor.

En primer lugar, debe valorar si la defunción ha quedado suficientemente acreditada. Para ello, debe comprobar si el sucesor ha presentado el correspondiente certificado oficial del Registro Civil. Por otro lado, debe verificar con total exactitud que el sujeto personado tenga la condición de sucesor legítimo del causante. Ello significa comprobar que la petición de sucesión venga formulada por un heredero, legatario de cosa determinada, o por alguna de las personas a las que la Ley reconoce la condición de sucesor en relación con derechos aparentemente personalísimos (véase el art. 6.2 LO 1/1982).

Por último, el juez debe verificar que no existen otros sucesores del litigante que no hayan comparecido en la causa. Para ello, si las restantes partes se lo indicasen o apreciara de oficio la existencia de sucesores no asistentes, el juez deberá, dentro de los “demás trámites” que prevé la Ley, emplazar a estos posibles herederos, distintos del solicitante de la sucesión, empleando todos



los medios que establecen los arts. 155 y 156 LEC (emplazamiento personal en el domicilio, averiguación del domicilio en caso de desconocerse y, en defecto de esta última posibilidad, emplazamiento edictal).

Una vez comprobada la calidad de legítimo sucesor del solicitante de la sucesión, el juez dictará auto teniéndole por personado en nombre del litigante difunto y teniéndole en cuenta en la sentencia que dicte. Desde ese momento, el sucesor ocupa en la causa la posición que tenía su causante, debiendo asumir el proceso en el estado y momento procesal en que se produzca la sucesión, sin que, por tanto, pueda separarse de la delimitación del objeto de la causa que hubiere realizado el litigante fallecido, más allá de ejercer las facultades dispositivas reconocidas en los arts. 20 y ss de la LEC.

## **5.2 Procedimiento en los casos que no haya personación espontánea del sucesor (art. 16.2 LEC)**

Esta segunda hipótesis que contempla el art. 16 es aplicable a los casos en los que la comunicación del fallecimiento de la parte no ha sido realizada al juez por un adquirente *mortis causa* sucesor, que se persona reclamando su condición de sucesor procesal, sino por terceras personas, bien por el procurador de la parte fallecida, que tiene el deber de notificar la muerte de su poderdante (art. 30.1.3º LEC), o bien por indicación de la parte supérstite, o incluso por notoriedad.

Una vez que al tribunal le conste el hecho del fallecimiento de la parte, debe abrir un plazo de cinco días para que el sucesor se persone y haga valer su derecho a la sucesión. Es necesario destacar que esta eventual personación del sucesor se producirá sin que el precepto prevea que se le haga un emplazamiento tras tener conocimiento de la muerte del litigante.

Desde otro punto de vista, es necesario indicar que, aunque el precepto no lo diga, durante esos cinco días de plazo para que el sucesor comparezca, el procedimiento queda en suspenso, para así evitar que puedan precluirse plazos para el sucesor desde el instante en que el juez conoce la muerte del litigante originario.

Transcurrido el plazo de cinco días sin que el sucesor comparezca a defender su derecho a la sucesión, la Ley autoriza a las demás partes personadas y originarias a pedir que se notifique la pendencia de la causa a los presuntos sucesores, emplazándoles para comparecer en el plazo de diez días (art. 16.2).

Por último, es necesario destacar la importancia del emplazamiento del sucesor que no se persona espontáneamente a efectos de determinar las consecuencias que, sobre la causa, tendrá la incomparecencia del sucesor —como hemos podido comprobar en un anterior apartado—. Así, frente a una notificación del proceso pendiente realizada con todas las garantías necesarias para impedir la indefensión del posible sucesor, la incomparecencia de éste vendrá originada por una voluntad de no personación y tendrá unas consecuencias más perjudiciales para el sucesor no

personado en la posición de demandante (renuncia a la acción). Por el contrario, si el emplazamiento no se ha llevado a cabo efectivamente por faltar la identificación de los sucesores, o por no poderse localizar, las consecuencias de la ausencia del sucesor serán más benignas (desistimiento) (art. 16.3).

**Artículo 17. Sucesión por transmisión del objeto litigioso**

1. Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. El tribunal proveerá a esta petición ordenando la suspensión de las actuaciones y oirá por diez días a la otra parte.

Si ésta no se opusiere dentro de dicho plazo, el tribunal, mediante auto, alzará la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él.

2. Si dentro del plazo concedido en el apartado anterior la otra parte manifestase su oposición a la entrada en el juicio del adquirente, el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente. No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvencción, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa.

Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos.

3\*. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado.

(\*Apartado 3 añadido por la Disposición Final 3ª 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)

## Comentario

### SUCESIÓN PROCESAL POR TRANSMISIÓN *INTER VIVOS* DEL OBJETO LITIGIOSO

#### 1. *Concepto*

El punto de partida para elaborar un concepto de sucesión procesal por transmisión *inter vivos* del objeto litigioso se debe situar en la constatación de la transmisibilidad, como regla general, de los bienes, derechos y obligaciones que pueden constituir el objeto de un proceso. En otras palabras, es posible que las partes realicen un acto dispositivo durante la pendencia de un proceso, que tenga por objeto el derecho ventilado en el proceso judicial.

En consecuencia, nuestro ordenamiento ha optado con claridad por permitir la transmisión del objeto litigioso desde el punto de vista del derecho material, y por dar relevancia o trascendencia jurídico procesal a la transmisión operada. Por ello, ya el art. 9.4 de la LEC de 1881 aceptaba la posibilidad de que uno de los litigantes hubiera trasladado a un tercero sus derechos sobre la cosa litigiosa, constituyendo el antecedente de nuestro actual art. 17 LEC.

Por tanto, sentado, de una parte, el presupuesto de la libre transmisibilidad de los objetos litigiosos y, de la otra, la posibilidad de dar relevancia o trascendencia en el proceso a dichas transmisiones, estamos en condiciones de definir o conceptualizar la figura de la sucesión procesal por transmisión *inter vivos* del objeto litigioso.

En este sentido, la sucesión procesal por transmisión *inter vivos* del objeto procesal es aquel mecanismo mediante el cual una persona ajena, en principio, al proceso, deviene parte procesal, por la adquisición *inter vivos* del objeto litigioso, en sustitución del primitivo litigante adoptando su posición en el proceso pendiente.

El fundamento de este tipo de sucesión procesal es doble: de un lado, la tutela de los intereses de la contraparte procesal para evitar posibles fraudes derivados de la transmisión del objeto litigioso y, del otro, permitir que, en el proceso, tengan reflejo los cambios de legitimación derivados de la transmisión de la titularidad sobre la cosa litigiosa.

#### 2. *Naturaleza jurídica*

La sucesión procesal por transmisión *inter vivos* de la cosa litigiosa es un claro caso de sucesión voluntaria o facultativa. En estos supuestos, sólo se producirán aquellas sucesiones que los adquirentes deseen. Es decir, sólo se producirá la sucesión cuando el adquirente manifieste su voluntad de entrar en el proceso ocupando el lugar de su transmitente.

La importancia de esta naturaleza facultativa de la sucesión se proyecta durante todas las fases y actos que integran el incidente sucesorio. De manera que la sucesión del art. 17 LEC no se abrirá sin petición del adquirente de la cosa litigiosa –al ocuparnos de la legitimación para iniciar el procedimiento de sucesión veremos la polémica sobre si el transmitente de la cosa puede iniciar el procedimiento del art. 17– y requerirá, en todo momento, la intervención y presencia del adquirente, hasta el punto de que si el adquirente renuncia o dispone de su derecho a obtener la sucesión después de haber iniciado el incidente, el procedimiento se paralizará sin que pueda imponerse al adquirente una continuación forzosa del proceso que le suponga una entrada obligatoria en el mismo en una posición no deseada.

La contrapartida a este poder de disposición del adquirente en relación con el derecho a suceder a su causante se encuentra en el art. 222.3 LEC, que extiende los efectos de la cosa juzgada material a los causahabientes de las partes. Con ello se consigue que, aunque el adquirente no quiera entrar voluntariamente en la causa, es decir, no quiera suceder al transmitente, el pronunciamiento que recaiga le vincule directamente, como a la parte formal (transmitente). De lo contrario, se defraudarían con facilidad los derechos de la contraparte si, a la vista de que un pleito no marchase bien para los intereses de una de las partes, ésta procediese a transmitir su derecho material en juego a un tercero, con la indicación de que el adquirente no lo manifestase en la causa y permaneciese al margen de la misma.

### ***3. Requisitos de la sucesión procesal por transmisión entre vivos del objeto litigioso***

En la actualidad, los requisitos o presupuestos de una sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso *inter vivos*, se concretan en los siguientes: existencia de una cosa litigiosa, pendencia del proceso, transmisión de los derechos sobre la cosa litigiosa, personación del adquirente y aprobación judicial.

#### **3.1. Existencia de una cosa litigiosa**

Dado que lo que caracteriza el tipo de sucesión que estamos analizando es la transmisión del objeto o cosa litigiosa, no hay duda, pues, que presupuesto imprescindible debe ser la existencia de una cosa litigiosa.

En efecto, como indica el art. 17, lo que se transmite es aquello que sea objeto del pleito, que no puede ser otra cosa que el derecho material o sustantivo cuya vulneración o violación se encuentre en la base de la controversia.

En ocasiones surgen dudas interpretativas sobre cuándo un derecho es litigioso, o no, según se atiende a lo dispuesto en el art. 410 LEC o a lo establecido en el art. 1535 CC (en relación con el

retracto de créditos litigiosos). Así, mientras que para el art. 410 LEC la norma procesal un pleito está pendiente y, en consecuencia, su objeto o derecho es litigioso desde la interposición de la demanda, una vez que posteriormente sea admitida, para el art. 1535 II CC “se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo”.

Sin embargo, estas dudas se desvanecen si atendemos a que el carácter litigioso del crédito viene exigido en ambas normas para dos instituciones diversas y con finalidades distintas. Por un lado, la litigiosidad del objeto se produce desde la interposición de la demanda, si luego es admitida, a los efectos de solicitar la sucesión procesal por transmisión del objeto litigioso *inter vivos*. Por otro lado, la contestación a la demanda marcará el punto de inicio de la litigiosidad de un crédito para ser objeto del retracto del art. 1535 CC en caso de ser cedidos con posterioridad. En un caso, estamos ante un instrumento para reflejar los cambios de la relación jurídico material en un proceso pendiente (sucesión) y, en el otro, estamos ante un derecho de adquisición preferente que protege al deudor de las maquinaciones fraudulentas de su acreedor (retracto).

### 3.2. Pendencia de un proceso

Este requisito viene expresamente exigido por el art. 17.1, a diferencia de lo que ocurre con la sucesión *mortis causa* que, en el art. 16, no lo menciona. La necesidad de esta pendencia es una condición *sine qua non* que debe concurrir cuando se llevan a cabo las actuaciones necesarias para iniciar el procedimiento de sucesión. Así, de una parte, la transmisión del objeto litigioso deberá realizarse estando pendiente un proceso y, de la otra, la solicitud de incoar un incidente de sucesión procesal deberá plantearse siempre con un proceso abierto.

La transmisión del objeto litigioso puede hacerse desde “la interposición de la demanda, si después es admitida” (art. 410 LEC), y hasta la fase de ejecución de la sentencia firme, tal como permite el art. 540 LEC. Por tanto, la traslación de la titularidad sobre el derecho material en juego debe producirse existiendo un proceso ya trabado y en el que se hayan producido los efectos típicos de la litispendencia, sin que cumplan este requisito las transmisiones anteriores al pleito.

### 3.3. Transmisión de los derechos sobre la cosa litigiosa

En efecto, la transmisión del objeto litigioso *inter vivos* es un presupuesto para que pueda solicitarse la sucesión procesal. Ahora bien, ello no significa que la transmisión y la sucesión formen un único negocio con eficacia procesal y material simultáneamente pues, de ser así, quedarían sin explicar todos aquellos supuestos en los que el adquirente del objeto litigioso en el ejercicio de su voluntariedad decide abstenerse de dar eficacia procesal a la transmisión realizada y, consecuentemente, no solicita la sucesión. De ahí que la transmisión del objeto litigioso constituya un presupuesto necesario pero no suficiente para que se produzca el cambio procesal de los litigantes.

Si se examinan las características que debe presentar la transmisión del derecho material que se tenga sobre el objeto litigioso, se comprueba que la Ley se limita a exigir que sea una transmisión *inter vivos* pues, en caso contrario, debe incluirse en el art. 16 LEC.

La transmisión puede ser onerosa o gratuita. En consecuencia, la donación del objeto litigioso (art. 618 CC) constituye título válido y eficaz para solicitar la apertura del incidente de sucesión procesal desde su aceptación por parte del donatario (art. 629 CC).

La doctrina suele clasificar las distintas transmisiones útiles para originar el procedimiento de sucesión material, según el modo de efectuar la transmisión, en: negociales, por disposición legal y forzosas.

En primer lugar, las transmisiones negociales son aquellas que se fundan directamente en la voluntad de los sujetos particulares que desean celebrar un contrato o negocio con efecto traslativo. Entre ellas se encuentran: la cesión de créditos (art. 1535 CC), la subrogación en un crédito y la cesión de contrato, cuando la transmisión se produce respecto de los derechos del actor. Por lo que respecta a la transmisión de los derechos del deudor, la figura prevista legalmente es la cesión o asunción de deuda.

Las transmisiones por disposición legal integran todos los supuestos de subrogación legal: fiador que paga al acreedor (art. 1839 CC), tercero que paga al acreedor con aprobación del deudor (art. 1210.2º CC) y otros casos previstos en el Código Civil o en las leyes especiales.

Entre estas transmisiones por disposición legal, plantea muchos problemas en los tribunales cómo calificar la posición del fiador que paga al acreedor (art. 1839 CC) pues, en ocasiones, no se permite la sucesión por entender que el art. 1839 CC reconoce una acción de repetición contra el fiador, pero no supone una cesión del crédito del acreedor satisfecho al fiador que paga. Por el contrario, en otros casos, los tribunales atribuyen plena virtualidad al pago de la deuda del fiado como transmisión efectiva de un crédito, que habilita al fiador a subentrar en la posición del acreedor, aunque lo hacen a través de un expediente anómalo que califican de “sucesión procesal *ope legis*”, que va en contra de la voluntariedad prevista en el art. 17 LEC para este tipo de sucesiones.

Como transmisiones forzosas, se encuentran las producidas en la ejecución forzosa por mandato judicial, o las que se producen como consecuencia de una expropiación forzosa. En general, estas transmisiones son las producidas como consecuencia de un acto coactivo de los poderes públicos.

Por último, es necesario dejar constancia de que la transmisión del derecho sobre el objeto litigioso, para ser efectivamente causa de una sucesión procesal, requiere ser una transmisión incontestada. El negocio jurídico en que se articule el cambio de titularidad respecto del objeto litigioso no debe ser

controvertido, es decir, la titularidad del bien litigioso no debe ser a su vez litigiosa para que pueda producirse una sucesión procesal.

### 3.4. Personación del adquirente y petición de sucesión procesal

La sucesión procesal por transmisión *inter vivos* del objeto litigioso es una sucesión de naturaleza voluntaria. Este dato es esencial para comprender la importancia de este requisito. La presencia en el procedimiento del adquirente de la cosa litigiosa solicitando el inicio del incidente de sucesión procesal es un requisito imprescindible para el cambio de personas en la posición jurídico procesal del causante. Puesto que el adquirente tiene la facultad de entrar en el proceso (“podrá solicitar, acreditada la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente” según art. 17.1 LEC), pero en modo alguno tienen deber u obligación de hacerlo. De manera que si el *accipiens* no muestra interés por suceder al *tradens* en su posición procesal, el pleito continuará normalmente entre las partes originarias como consecuencia del principio de la *perpetuatio legitimationis*. Por ello, la voluntad del adquirente de la cosa litigiosa es elemento esencial para iniciar la sucesión procesal o, lo que es lo mismo, para dejar sin efecto la ficción legal de la *perpetuatio legitimationis*, sin que a nadie más se le reconozca esta posibilidad.

La actuación del adquirente, que es precisa para iniciar el incidente sucesorio, requiere, de un lado, que se persone en el procedimiento y comunique la transmisión del objeto litigioso que le legitima a pretender suceder a la parte procesal originaria que se lo ha transmitido y, de otro lado, que expresamente solicite del órgano jurisdiccional que se le tenga por parte en la posición que ocupaba el transmitente. De aquí se deduce que no basta con la simple personación en el procedimiento, pues no es posible admitir la existencia de peticiones tácitas de suceder, dada la trascendencia que tiene subentrar en un proceso iniciado ocupando la posición de otro por la sucesión.

### 3.5. Aprobación judicial de la sucesión

La aprobación jurisdiccional de la entrada del adquirente en el proceso, ocupando la posición procesal del transmitente, constituye el último de los requisitos para lograr la efectividad de la sucesión procesal.

Esta exigencia de una decisión jurisdiccional ya se contemplaba en el art. 9.4 LEC de 1881 y se recoge expresamente en el apartado segundo (“ (...) el tribunal, mediante auto, alzará la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él”) y tercero del art. 17 (“ (...) el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente”). La participación del juez es imprescindible para que la sucesión pueda llevarse a efecto, pues no hay posibilidad de que los sujetos participantes en la transmisión del objeto litigioso puedan, por su propia autoridad, operar un cambio de parte en un proceso iniciado. Y es que, en este sentido, la eficacia de la *perpetuatio legitimationis* favorece a la parte originaria del proceso frente a la que se ha



producido la cesión del crédito o la asunción de deuda, con una ficción legal de inmutabilidad de las circunstancias que delimitan la legitimación de los litigantes que sólo se destruye con una resolución jurisdiccional autorizando la sucesión procesal del adquirente.

#### ***4. Procedimiento para llevar a efecto la sucesión procesal por transmisión inter vivos del objeto litigioso***

La regulación del art. 17 LEC ha introducido en el régimen legal de la sucesión procesal por transmisión entre vivos del objeto litigioso un procedimiento, que aunque con escaso desarrollo y con indudables oscuridades y problemas, supone en todo caso un gran paso adelante al formalizar la decisión judicial sobre la aceptación de la sucesión.

Una cuestión previa que puede resultar problemática a la hora de examinar el procedimiento es determinar si la sucesión procesal debe tramitarse por el incidente *ad hoc* contenido en el art. 17 LEC o por la tramitación general de los incidentes del art. 393 LEC. Para nosotros, el procedimiento de sucesión se ha de desarrollar conforme a las previsiones del art. 17, por ser la normativa específica que regula el concreto incidente que nos ocupa (art. 388 LEC).

Los principales aspectos del procedimiento que han de merecer un examen detenido son esencialmente: la legitimación para su inicio, la solicitud de sucesión y sus efectos, la audiencia de la parte contraria y, por último, la decisión judicial.

##### **4.1. Legitimación para solicitar el inicio del incidente de sucesión**

El art. 17.1 LEC contempla únicamente al adquirente de la cosa litigiosa como posible legitimado para iniciar el procedimiento de sucesión. El adquirente puede poner en conocimiento del juez el acto traslativo celebrado, solicitando correlativamente entrar en el proceso pendiente para ocupar la posición de su transmitente.

La solución adoptada por el precepto de restringir la legitimación al adquirente es acertada porque éste es el único sujeto que tiene un interés directo en que puede operar la sucesión. En efecto, el adquirente es el único que está, o que puede estar, eventualmente interesado en que el proceso se adapte a las modificaciones acaecidas en la titularidad del derecho material en juego, luego es el adquirente el único que está en su derecho de iniciar un incidente de sucesión para destruir la ficción legal de la *perpetuatio legitimationis* y permitir, así, que la legitimación de cada parte se adapte a las consecuencias derivadas de la transmisión del objeto litigioso.

El transmitente de la cosa litigiosa no tiene, a nuestro juicio, legitimación para instar la sucesión procesal. Y es que carece de un interés que le autorice a poder plantear dicha solicitud, pues no

olvidemos que la solicitud de sucesión supone una posibilidad de expromisión que siempre requerirá de una actuación voluntaria del adquirente encaminada a asumir el proceso.

#### **4.2. Solicitud de sucesión y sus efectos**

La parquedad de la regulación del art. 17 sobre el incidente de sucesión plantea dudas sobre cuándo y cómo el adquirente deberá formular su solicitud de sucesión procesal.

La petición de inicio del procedimiento puede ser presentada en cualquier momento desde el inicio del procedimiento y hasta la fase de ejecución forzosa.

La solicitud de sucesión se presenta, normalmente, en forma escrita, aunque nada obsta que se pueda solicitar oralmente en comparecencia, acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar la transmisión que ha tenido lugar.

La solicitud debe necesariamente contener una petición expresa e indiscutible de que se produzca la sucesión procesal (“que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente” según el art. 17.1) pues, dada la naturaleza voluntaria de esta sucesión, no deben existir dudas, en el momento en que el juez dé curso a la petición, sobre la voluntad del adquirente de abrir el incidente con la intención de terminar ocupando la posición procesal de su causante. Por ello, el juez deberá de rechazar las solicitudes que simplemente contengan comunicación del hecho de la transmisión, pero en las que falte una declaración de voluntad expresa dirigida a adquirir también la condición de sucesor procesal.

Los principales efectos de la presentación de una solicitud con el contenido en regla son, de un lado, que el juez ordenará la suspensión de las actuaciones por un plazo máximo de diez días para oír a la otra parte (art. 17.1 LEC) y, del lado, ordenará la apertura del incidente de sucesión.

Una vez suspendido el procedimiento principal, tendrá lugar el trámite de audiencia que, por su especialidad e importancia, merece un estudio separado.

#### **4.3. La audiencia de los interesados en la sucesión**

La rúbrica que encabeza este apartado nos informa de que, a pesar del tenor literal del art. 17.1 LEC, la audiencia que tiene lugar durante los diez días de suspensión del procedimiento debe extenderse a más interesados que al simple adquirente del derecho sobre el objeto litigioso y la contraparte originaria.

La intervención del transmitente en esta audiencia debe dirigirse a facilitar todos los elementos necesarios para completar la documentación presentada y la declaración del adquirente en orden a

acreditar la realidad de la transmisión de derechos producida. Por tanto, su interés se limita a coadyuvar al buen fin de la petición de la sucesión formulada por el adquirente.

Por lo que hace referencia al papel que desempeña el adquirente en la audiencia del incidente de sucesión, hay que indicar que su misión esencial se limita a precisar todos los extremos necesarios para acreditar la transmisión del objeto litigioso, así como a responder a los motivos de oposición que puedan ser formulados por la contraparte.

Por último, es preciso analizar la intervención de la parte contraria en relación con la petición o solicitud. Y es que, tal como se regula la audiencia en el precepto que analizamos, parece que la única finalidad de conceder esta fase contradictoria en el incidente de sucesión es, simplemente, permitir que la parte que no interviene en la transmisión del derecho pueda oponerse a la misma. Esta interpretación, sin embargo, es demasiado reductiva, ya que, de una parte, hemos visto cómo en la audiencia pueden y deben participar otros interesados y, de otra parte, porque la participación de este litigante no se limita únicamente a oponer los motivos de oposición a la sucesión del art. 17, sino que puede realizar otro tipo de alegaciones relativas a la realidad o legalidad de la transmisión del objeto litigioso, o simplemente aceptar la sucesión solicitada. De ahí que sea necesario un análisis más detallado de las posturas que puede mantener la contraparte.

#### **a) Parte contraria no manifiesta oposición a la solicitud de sucesión**

En los casos que la contraparte considere acreditada la transmisión y que no exista ningún motivo o causa que la lleve a oponerse a la sucesión del adquirente, el tribunal dictará auto, alzando la suspensión y disponiendo que el adquirente ocupe la posición que el transmitente tuviese en el juicio (art. 17.1.II).

#### **b) Parte contraria manifiesta oposición a la solicitud de sucesión**

La otra gran postura que puede asumir la parte que no interviene en la transmisión es la de manifestar su oposición a la sucesión procesal.

Esta oposición puede fundamentarse en dos clases de motivos: los relativos a la inexistencia e ilegalidad de la transmisión, y los referentes a los perjuicios que se puedan irrogar a la situación jurídico procesal de la contraparte por el cambio de transmitente por el adquirente. Sin embargo, la Ley no ha recogido explícitamente ambos tipos de defensas de la contraparte y ha optado simplemente por consagrar tres causas de oposición genéricas a las que atribuye un particular efecto: provocar inmediatamente la no aceptación de la solicitud de sucesión.

Las tres causas o motivos genéricos de oposición según el art. 17.2 LEC se concretan en los siguientes:

- La existencia, a favor de la parte, de derechos y defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente.

La hipótesis que prevé la norma es que la parte no interviniente pueda tener derechos personales contra el transmitente, imposibles de plantear ante el adquirente, de manera que el cambio subjetivo en la titularidad del derecho material en juego pueda menoscabar la integridad de su posición defensiva.

La limitación establecida exigiendo que sean derechos y defensas “en relación con lo que sea objeto del juicio” supone que únicamente las defensas que traigan su causa en el derecho material discutido en el proceso podrán ser alegadas como motivo de oposición.

- La existencia de un derecho a reconvenir o que pende una reconvencción

La razón para descartar la posibilidad de sucesión en los casos en que exista derecho a reconvenir o penda una reconvencción se encuentra en el hecho de que el cambio de la persona del demandante por la transmisión de sus derechos sobre el objeto litigioso provoca, por esencia, que el demandado no pueda plantear la reconvencción por llevar ésta implícita un objeto que se identifica por la persona frente a la que se ejercita (demandante/transmitente) y por su conexión con la pretensión inicial de la parte actora.

Así, cuando se oponga la posibilidad de un derecho a reconvenir, el juez debe comprobar, antes de aceptar la oposición, los siguientes extremos: 1) Que el procedimiento se encuentre en momento procesal oportuno para formular esa posible reconvencción. 2) Que materialmente exista el derecho a reconvenir.

- El cambio de parte dificulta notoriamente la defensa

Este motivo o causa de oposición es de tal amplitud que puede actuar como cajón de sastre, ya que incluso podría llegar a contener los dos anteriores.

El principal problema que plantea la norma es interpretar qué debe entenderse por “defensa” a los efectos de inadmitir la sucesión, pues puede referirse a defensa en sentido técnico-procesal, es decir, a los derechos y posibilidades que tiene la parte que se opone al cambio de litigante, o bien puede conceptuarse en un sentido amplio, como la disminución general de las expectativas de triunfo a consecuencia de la sucesión solicitada. La decisión entre una u otra interpretación no es baladí porque, según se opte por entender el concepto como defensa técnica o como defensa en sentido lato, se estará ampliando o reduciendo el ámbito de la oposición a la sucesión procesal y, correlativamente, el ámbito de dicha figura. A nuestro juicio, no se debe emplear la idea amplia de defensa, pues ello supone, por ejemplo, denegar la sucesión cuando las posibilidades de triunfo se

reducen para la parte contraria por el hecho de que el adquirente de la cosa litigiosa tenga más medios económicos, personales o técnicos para obtener el triunfo en la causa. En este sentido, se debe sostener un concepto técnico-jurídico de defensa en el que la parte contraria vea disminuida su posición procesal por el cambio de parte.

#### **4.4. Decisión judicial sobre la sucesión solicitada**

Para aceptar la sucesión, el juez deberá verificar la realidad de la transmisión de derechos sobre el objeto litigioso; la legalidad de dicha transmisión, es decir, que no haya vicios que la invaliden o la hagan ineficaz; la coincidencia de personalidad del *accipiens* y el *tradens* con el pretendido sucesor y el litigante transmitente; y la identidad del derecho material transmitido con aquel que sea objeto del litigio.

Una vez verificada todas estas condiciones objetivas, podrá acordar la sucesión, con la consiguiente salida del proceso de la parte que transmitió la cosa litigiosa.

En los casos en que la parte contraria manifestase una oposición a la sucesión por cualquiera de los motivos estudiados y, especialmente, por cualquiera de los tres previstos en el art. 17.2 LEC, el juez decidirá si admite la sucesión mediante auto. Esta decisión no viene condicionada por la simple alegación de los motivos sino que requiere que el juzgador compruebe la realidad de los mismos.

Para el caso que no se acceda a la solicitud del adquirente, el transmitente deberá continuar en la causa, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que exista entre ambos (art. 17.2 II). En este supuesto, el transmitente, al permanecer como parte en el pleito, conservará los derechos de disposición sobre la pretensión ejercitada, pudiendo desistir en cualquier momento.

Una cuestión problemática es la determinación de cuál es el recurso que cabe frente al auto en el que se decida sobre el incidente de sucesión. Al respecto, son dos las posturas manejadas por la doctrina. De un lado, los que sostienen la procedencia de un recurso de reposición *ex art.* 451 LEC. Por otro lado, los que consideran de aplicación el art. 393.5 LEC y, por tanto, la procedencia de un recurso de apelación. En nuestra opinión, contra la resolución es posible interponer recurso de reposición.

### ***5. Especialidades de la sucesión procesal provocada por la transmisión del objeto litigioso en un concurso de acreedores***

La Ley Concursal de 9 de julio de 2003 ha introducido un nuevo número 3 al artículo 17 LEC, en el que se regulan las especialidades que presenta la enajenación de bienes y derechos litigiosos cuando la parte transmitente de los mismos se encuentra incurso en un concurso de acreedores. Este nuevo apartado se remite a lo dispuesto en la Ley Concursal y, más en concreto, a su art. 150, a la hora de

regular la posibilidad de enajenaciones de los bienes y derechos del concursado que se encuentren sometidos a las resultas de un litigio, es decir, que sean litigiosos. De conformidad con tal precepto, se sienta el principio general de enajenabilidad de los bienes y derechos litigiosos del concursado con sometimiento del adquirente de los mismos al resultado del pleito en el que se esté discutiendo su existencia o titularidad. Por tanto, como regla general, los terceros ajenos al concursado podrán adquirir los bienes litigiosos para facilitar de este modo la formación de la masa activa, incluyendo en su cómputo la cantidad recibida como contraprestación a la enajenación de aquellos créditos o bienes que todavía no forman parte, de manera definitiva, de su patrimonio por constituir el objeto de un litigio.

Este principio de libre enajenabilidad de los bienes y derechos litigiosos del concursado desempeña su eficacia en la relación jurídico material subyacente al proceso. Y, puesto que los bienes y derechos sometidos al resultado del pleito son susceptibles de transmisión, se hace necesario establecer un mecanismo procesal, la sucesión, que permita reflejar la traslación de derechos sobre el objeto a los integrantes de la relación jurídico procesal. Al respecto, no debe perderse de vista la peculiar circunstancia que rodea a la enajenación de los bienes o derechos litigiosos en estos supuestos y que no es otra que la situación de insolvencia patrimonial del enajenante de los mismos. De ahí que la existencia de un concurso de acreedores declarado sea un hecho que impone unas características propias a la sucesión procesal por transmisión *inter vivos* del objeto del proceso, en estos casos regulada en los arts. 17.3 LEC y 150 de la Ley Concursal.

En particular, las principales especialidades que presenta la sucesión procesal por enajenación de los bienes litigiosos, una vez declarado un concurso de acreedores, se concretan en los siguientes aspectos:

a) Es una sucesión procesal iniciada por el transmitente del bien o derecho litigioso.

En efecto, el artículo 150 de la Ley Concursal prevé que, enajenado un bien o derecho litigioso del concursado, la administración concursal deberá comunicar inmediatamente la enajenación al juez o tribunal que conozca del proceso que tenga por objeto el bien o derecho transmitido.

La novedad radica en que, pese a tratarse de una enajenación *inter vivos* del objeto litigioso, que conforme a la regla general del artículo 17.1 y 2 LEC requiere que sea el adquirente quien comunique al juez su adquisición y su voluntad de suceder en la posición procesal del *tradens*, en estos casos de transmisión del objeto litigioso de un concursado se habilita al propio transmitente concursado o, mejor dicho, a la administración concursal, para que ponga en conocimiento del juez del proceso la enajenación de la totalidad o parte del objeto litigioso.

La finalidad perseguida con la introducción de esta especialidad, respecto al régimen común de la sucesión por transmisión *inter vivos* del objeto litigioso, es facilitar el cambio de parte procesal,

obviando la necesidad de que sea la voluntad del *accipiens* la que sólo pueda iniciar la sucesión. En estos casos de concurso de acreedores, resulta prioritario que el concursado salga de aquellos procesos respecto de los cuales haya transmitido sus derechos sobre el objeto en litigio.

b) Es una sucesión procesal que opera *ope legis*

El objetivo de permitir la salida del concursado con relación a los procesos en los que haya transmitido sus derechos sobre el objeto en litigio ha motivado que el legislador haya instaurado en el art. 17.3 LEC y en el art. 150 de la Ley Concursal un procedimiento de sucesión procesal *ope legis*, en el que se prescinde de la voluntad de la parte enajenante y adquirente. Y es que, en efecto, basta con que se produzca la comunicación al juez sobre el acaecimiento de la transmisión para que se produzca de pleno derecho la sucesión procesal del adquirente en la posición procesal del concursado. Lo que significa que, en estos casos, no es necesaria la voluntad del adquirente del objeto litigioso de entrar en el proceso, ni tan siquiera la voluntad del *tradens* de salir de la relación jurídico procesal.

Este carácter *ope legis* de la sucesión en estos supuestos queda reafirmado por el tenor de la Ley Concursal cuando expresamente indica que la sucesión procesal tendrá lugar una vez comunicada al juez la transmisión del objeto, incluso en el caso de que el adquirente no se persone en el procedimiento. Es decir, la adquisición de un bien litigioso de un concursado lleva irremediabilmente aparejada la adquisición por el *accipiens* de la condición de parte en el proceso pendiente.

c) La contraparte no enajenante del objeto litigioso ostenta una especial situación respecto de la sucesión procesal del concursado.

Por último, la lectura conjunta del art. 17.3 LEC y del mencionado art. 150 de la Ley Concursal permite comprobar cómo la contraparte del proceso en el que el concursado haya transmitido sus derechos sobre el bien litigioso queda en una peculiar situación jurídica. Así, de un lado, se le impide oponerse a que se lleve a cabo la sucesión procesal pero, del otro, se le mantiene la posibilidad de hacer valer frente al sucesor los derechos y excepciones que tuviere frente al concursado.

Así pues, cuando el tribunal conoce que se ha producido la transmisión del objeto litigioso *inter vivos*, acuerda mediante auto el cambio de parte procesal, sin que la contraparte procesal originaria pueda oponerse a la sucesión realizada pues, en estos casos, la eficacia directa de la ley excluye la posibilidad de oponerse a la sucesión que, con carácter general, el artículo 17.1 y 2 LEC reserva a la parte procesal que no ha intervenido en la enajenación del objeto en litigio. Y, como contrapartida a la eliminación de esa posibilidad de formular oposición a la sucesión procesal pretendida, la Ley habilita directamente a la parte originaria no transmitente para que oponga o excepcione frente al

sucesor todo derecho o excepción, incluso las de naturaleza personal, que le correspondieren frente al concursado enajenante del objeto en litigio.



## Artículo 18. Sucesión en los casos de intervención provocada

En el caso a que se refiere la regla 4ª del apartado 2 del art. 14, de la solicitud presentada por el demandado se dará traslado a las demás partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, por plazo de cinco días, decidiendo a continuación el tribunal, por medio de auto, lo que resulte procedente en orden a la conveniencia o no de la sucesión

### Comentario

#### SUCESIÓN PROCESAL EN LOS CASOS DE INTERVENCIÓN PROCESAL PROVOCADA DEL ARTÍCULO 14.2.4ª LEC

### 1. Concepto

La sucesión procesal regulada en el art. 18 responde a un fenómeno distinto del previsto en los dos preceptos que le anteceden. Y es que, mientras que los arts. 16 y 17 se refieren a supuestos de transmisión de la cosa litigiosa, *mortis causa* o *inter vivos*, que llevan aparejada la posibilidad de un cambio en la parte procesal, vinculada al cambio en la titularidad material sobre el objeto en litigio, el art. 18 pretende solucionar el problema que plantea el ingreso en el proceso de un tercero llamado forzosamente al mismo por el inicial demandado y que ostenta la verdadera legitimación pasiva. Para ello, el presente artículo da carta de naturaleza a la posibilidad de expromisión del demandado inicial como consecuencia de la intervención provocada de un tercero en la posición de parte demandada.

Un ejemplo de esta figura podríamos encontrarlo en los casos en que un usufructuario demandado considerase que la demanda formulada podría lesionar la titularidad dominical sobre la cosa usufructuada y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.2.4ª LEC en conjunción con lo previsto en el art. 511 CC, reclamase la presencia del nudo propietario como demandado. De manera que, una vez comparecido aquél, la necesidad de continuar en el proceso desaparecerá para el usufructuario, ya que el real titular de la legitimación pasiva será el nudo propietario, por lo que nada obstaculizaría que, al amparo del art. 18 LEC, el demandado inicial saliera de la relación jurídico procesal.

### 2. Naturaleza jurídica

El fundamento jurídico de esta clase de sucesión lo encontramos en la aspiración del legislador de intentar que la parte demandada sea la realmente dotada de legitimación pasiva. Se trata, pues, de garantizar que en todo momento sólo aparecerá como demandado aquella persona física o jurídica

que, por razón de la tutela solicitada y del objeto procesal establecido, sea realmente la legitimada pasiva. Para ello, el precepto comentado introduce como novedad, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, la posibilidad de expromisión, es decir, de salida del proceso del demandado inicial, una vez se haya llevado a buen término la intervención forzosa de un tercero en el proceso abierto y bajo la veste de parte pasiva.

### 3. Requisitos

Del tenor de este art. 18 de la LEC se desprende que serán requisitos para la expromisión del demandado inicial los siguientes: a) Existencia de una intervención forzada de un tercero *ex art.* 14. 2 LEC. b) Petición del demandado inicial solicitando la sucesión procesal.

#### 3.1. Existencia de una intervención forzada de un tercero ex artículo 14.2 LEC

Es éste un presupuesto imprescindible para que pueda operar esta clase de sucesión procesal, pues no debe olvidarse que la circunstancia que habilita la petición de cambio en la parte se encuentra en la concurrencia bajo la condición de demandado de dos personas diversas: de un lado, el demandado originario contra el que se dirige la demanda y, del otro, un tercero incorporado al proceso una vez iniciado el procedimiento como consecuencia de su llamada al mismo por parte del demandado inicial.

La intervención forzosa del tercero debe cumplir algunas exigencias para permitir que se pueda solicitar la sucesión procesal. Entre ellas, merece especial mención la necesidad de que el llamamiento del tercero se produzca en alguno de los casos legalmente previstos (como, por ejemplo, los arts. 511, 1084.2, 1481 y 1559 CC, entre otros) pues, de lo contrario, si no existe previsión legal de la intervención del tercero, cualquier eventual expromisión de un demandado inicial correría el riesgo de suponer una alteración convencional de la legitimación.

En segundo lugar, también debe destacarse la necesidad de que la intervención forzosa del tercero a petición del demandado se produzca bajo la condición de codemandado para que pueda ser llevada a cabo la sucesión procesal *ex art.* 18, pues no olvidemos que este cambio de parte se apoya, en este caso, en que el tercero interviniente es quien ostenta realmente la legitimación pasiva.

#### 3.2. Petición del demandado inicial solicitando la sucesión procesal

En estos supuestos que estamos analizando, resulta imprescindible atender a la voluntad de la parte demandada, que ha recabado la intervención forzosa de un tercero como demandado, para saber si quiere provocar el cambio de parte con su petición o si, por el contrario, prefiere la concurrencia de demandados en el proceso. En este sentido, resulta evidente que sólo la voluntad del demandado

inicial, manifestando su intención de quedar fuera de la relación jurídica procesal, actúa como clave para que el tribunal pueda considerar y, en su caso, otorgar, la sucesión procesal. De manera que, cuando el demandado originario no solicite su salida del proceso, en modo alguno podrá el tribunal circunscribir el proceso al demandante y al tercero interviniente, sino que deberá respetar, en su caso, el principio de la *perpetuatio legitimationis*.

Otra cuestión diversa, y no por ello menos trascendente, es la relativa a qué hechos o circunstancias debe alegar el demandado para conseguir su expromisión a favor del tercero comparecido en el proceso. La literalidad del precepto simplemente señala que el demandado pedirá la sucesión cuando “considere que su lugar en el proceso debe ser ocupado” por el tercero comparecido. Lo que nos obliga a interpretar esas palabras y a considerar que el tercero sólo deberá ocupar el lugar del demandado inicial cuando su relación con lo que constituya el objeto de tutela jurisdiccional sea más directa y estrecha que la mantenida por el demandado inicial. En otras palabras, la petición del demandado solicitando la sucesión procesal es el cauce apropiado para hacer llegar al juez la idea de que la legitimación pasiva realmente pertenece al tercero interviniente y no a él mismo.

# Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil

Arts. 19 a 22

M<sup>a</sup>. Lourdes Noya Ferreiro  
Bernardino J. Varela Gómez

Universidad de Santiago de Compostela

293

*Sumario*

**Artículo 19. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión**

1. Consideraciones previas
2. La transacción
  - A) Concepto
  - B) Requisitos
  - C) Homologación judicial
  - D) Efectos
3. La suspensión
  - A) Requisitos
  - B) Efectos

**Artículo 20. Renuncia y desistimiento**

1. La renuncia
  - A) Concepto y objeto
  - B) Requisitos
  - C) Efectos
2. El desistimiento
  - A) Concepto y clases
  - B) Requisitos
  - C) Efectos

**Artículo 21. Allanamiento**

- A) Concepto
- B) Objeto
- C) Sujeto
- D) Forma
- E) Tiempo
- F) Efectos
- G) Recursos
- H) Allanamiento parcial

**Artículo 22. Terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto. Caso especial de enervación del desahucio**

- A) Satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto
- B) Enervación

**Tabla de sentencias citadas**

**Bibliografía**

**LIBRO I**  
**De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles**  
**TITULO I**  
**De la comparecencia y actuación en juicio**

**CAPITULO IV**  
**Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones**

*Artículo 19. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión*

1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.
2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretende poner fin.
3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.
4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordado, mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

El proceso civil de la Ley 1/2000, de 7 de enero, responde a una concepción liberal marcada por la vigencia de un principio básico en el que se inspira toda su regulación, el principio dispositivo. A él hace referencia el art. 19 LEC que ahora vamos a comentar, que se encuadra dentro del capítulo IV, cuyo título, *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones*, pone ya de relieve cuál es la clave sustancial sobre la que gira nuestro proceso civil.

### *1. Consideraciones previas*

En el proceso civil, la iniciativa para poner en marcha la maquinaria judicial procede de las partes<sup>1</sup>, la naturaleza privada de las relaciones jurídicas controvertidas y su regulación en el ordenamiento jurídico lleva consigo que únicamente las partes puedan decidir si acuden o no a

---

<sup>1</sup> Para REDENTI (1957, p. 92), en el proceso ordinario de cognición civil la iniciativa que hace entrar en funciones al juez es, normalmente, acción-actividad privada. El objeto de la decisión está encerrado dentro de las barreras de las acciones y de las excepciones deducidas por las partes en juicio. El juez puede acoger o rechazar, pero no extralimitarse.

los órganos jurisdiccionales, respondiendo esta decisión a los criterios de oportunidad y conveniencia<sup>2</sup> (GUASP DELGADO, 1996, p. 298).

En este sentido se expresa el legislador de la Ley Procesal Civil 1/2000 cuando señala, en la Exposición de Motivos, que «la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla general, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional en beneficio de todos. De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos».

Hacer valer un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y es una lógica consecuencia del respeto a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos de naturaleza privada (CALAMANDREI, 1943, pp. 209 y 214). En nuestro ordenamiento jurídico, la protección de los derechos de naturaleza privada queda a la voluntad de sus titulares. Lo contrario implicaría la desaparición de dicha naturaleza privada (DÍAZ CABIALE, 1996, p. 2). Precisamente por este poder de disposición que las partes tienen sobre el inicio del proceso civil decimos que dicho proceso se encuentra informado por el principio dispositivo, aunque no sea ésta su única manifestación.

Partiendo del hecho de que en virtud del principio dispositivo las partes son libres para disponer de sus intereses privados, acudiendo o no a la vía jurisdiccional, las principales manifestaciones de este principio serán las siguientes:

1<sup>a</sup>. La actividad jurisdiccional sólo puede ser iniciada a instancia de parte interesada. Como señala CARNELUTTI (1971, p. 105) las partes denuncian al juez su desacuerdo, y es este desacuerdo el que reclama la intervención del órgano jurisdiccional.

2<sup>a</sup>. La determinación del objeto del proceso corresponde también únicamente a las partes. Son éstas las que fijarán el ámbito de decisión del juez y el objeto del debate, a través de la pretensión deducida en la demanda con la correlativa resistencia del demandado en su contestación.

3<sup>a</sup>. El juez se encuentra limitado por las pretensiones de las partes, pudiendo sólo decidir dentro del contenido de esas pretensiones. Deberá, pues, ser congruente con la reclamación,

---

<sup>2</sup> Hay que tener en cuenta que también en el proceso penal, aún vigente el principio de oficialidad, se estima aplicable la regla de que no es el órgano jurisdiccional a quien corresponde la iniciación y desarrollo del procedimiento, pues esto debe realizarse por órganos instituidos *ex profeso* por el Estado y distinto del órgano jurisdiccional. Tal órgano es, en nuestro derecho, aquél que tiene encomendada, en materia penal, el ejercicio de la acción contra el presunto culpable.

respondiendo sólo a aquello que se le pide, ni más, ni menos. Esto determinará la congruencia entre la sentencia y el objeto del proceso (DÍAZ CABIALE, 1996, p. 6).

En este sentido señala GUASP (1996, p. 299), que la actividad privada condiciona los poderes del Juez, no sólo en cuanto a la puesta en marcha del proceso sino también en cuanto a la amplitud de la tutela jurídica solicitada. Si la existencia de una pretensión es un requisito esencial para que comience un proceso, los términos en que tal pretensión esté concebida delimitan la extensión de la materia sobre la que el juez debe pronunciarse, y esto en un doble sentido: impidiendo que el órgano jurisdiccional falle sobre puntos no sometidos a su competencia y prohibiendo, igualmente, que alguna de las cuestiones propuestas queden sin solución (GUASP, 1996, p. 299).

4<sup>a</sup>. Si las partes pueden disponer del inicio del proceso, decidiendo ellas sobre la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado, también pueden ponerle fin en el momento que estimen conveniente, sin necesidad de esperar a la sentencia.

Sin embargo, dentro del ámbito civil podemos encontrar procesos que no están estrictamente informados por el principio dispositivo. Se trata de aquéllos en los que la relación jurídica discutida no responde únicamente a la naturaleza subjetiva-privada, sino que es determinante su carácter publicista.

En este tipo de relaciones jurídicas, el ordenamiento no descansa en la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de su regulación y, por tanto, tampoco las partes tienen plena disposición sobre el inicio del proceso, ni son dueñas de su objeto. Se trata de procesos que versan sobre capacidad, filiación, matrimonio, etc., en los que se legitima al Ministerio Fiscal para que inicie el proceso e, incluso, para que disponga también sobre el mismo. Constituyen las únicas excepciones al principio dispositivo en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas.

La forma natural de finalización del proceso civil es mediante sentencia dictada como consecuencia de un debate contradictorio entre las partes, lo que presupone que el conflicto persiste hasta el final del proceso. No obstante, fruto precisamente de ese poder de disposición de las partes que consagra el principio dispositivo, el proceso puede finalizar:

1º) Antes de dictarse sentencia, a través de una resolución judicial -auto- que, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto, refleje la voluntad de las partes de poner fin al proceso, voluntad que se expresa directa o indirectamente.

2º) O bien dictándose sentencia, pero encontrándose ésta condicionada por la actuación de las partes que, en este caso, expresan directamente su voluntad de poner fin al proceso, disponiendo de la pretensión y solicitando que se dicte sentencia sobre el fondo en el sentido que manifiestan.

Todas estas formas "anormales" de terminación del proceso civil, calificadas también como "crisis procesales", se regulan en los arts. 19 a 22 de la LEC.



## 2. La transacción

### A) Concepto

De acuerdo con el art. 1809 CC «la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al ya comenzado» (véanse las SSTs de 13.10.1997; 20.4.2001; 30.7.1996, entre otras). Distingue el citado precepto entre dos tipos de transacción: la transacción extraprocésal y la transacción procesal.

La transacción extraprocésal engloba, no sólo aquella que se realiza al margen del proceso y cuya finalidad es evitar que éste llegue a iniciarse, sino también la que, celebrándose al margen de un proceso ya iniciado, carece de efectos dentro del mismo, aunque puede provocar su terminación anticipada por desistimiento o caducidad de la instancia.

Por su parte, la transacción procesal siempre hace referencia al objeto de un proceso pendiente, y puede celebrarse dentro de la actividad del mismo con presencia judicial –supuesto regulado en los arts. 414 y 415 LEC- o sin presencia judicial, sometiéndose posteriormente a la aprobación del juzgador.

Esta distinción es precisada por la doctrina, que diferencia la transacción extrajudicial desarrollada fuera del proceso y con efectos indirectos en el mismo, y la transacción judicial sometida a aprobación del órgano jurisdiccional que pone fin al proceso (BARONA VILAR, 2001, p. 186; DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 439; ORTELLS RAMOS, 2003, p. 500). A esta última se refiere el art. 19 LEC en sus apartados segundo y tercero. En consecuencia, la distinción entre transacción judicial y extrajudicial no está tanto en su celebración ante el órgano jurisdiccional, como en su homologación o aprobación por dicho órgano. Será judicial la transacción que sea aprobada judicialmente y por tanto se haya sometido a homologación tal y como señala el art. 19 LEC, independientemente de que haya tenido lugar ante el órgano judicial o fuera de su presencia (BARONA VILAR, 2001, p. 188; GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 264; ORTELLS RAMOS, 2003, p. 500).

### B) Requisitos

a) Subjetivos: Es evidente que el negocio jurídico de la transacción conlleva la disposición sobre el objeto del proceso, por lo que resulta imprescindible que los sujetos posean capacidad procesal. Si la parte se encuentra representada por procurador, necesitará este poder especial conforme al art. 25.2,1º LEC.

La falta de capacidad, normalmente, es suplida por los representantes legales pero, en el caso de la transacción los padres y tutores, necesitaran autorización judicial para transigir (arts. 166 y 271.3 CC). Respecto de las personas jurídicas, será necesario acudir a sus estatutos para determinar el órgano competente para transigir. Los representantes voluntarios requieren

autorización expresa de su representado y, en el caso de los litisconsortes, es necesaria la concurrencia de voluntades de todos ellos.

b) Objetivos: El objeto de la transacción lo constituye el objeto del proceso civil, es decir las pretensiones de las partes que se encuentran en conflicto (GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 262). Dependiendo de la naturaleza de dicho objeto procesal o de los intereses públicos o privados en juego, puede condicionarse o limitarse el poder de disposición de las partes, como expresamente señala el precepto comentado. Establece el art. 19 LEC que los litigantes pueden disponer del objeto del juicio excepto cuando la ley lo prohíba, o cuando establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Dentro de estas prohibiciones o limitaciones se enmarcan los arts. 1814 CC y 751 LEC, que sustraen del ámbito de la transacción las cuestiones relativas al estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales, las relativas a menores y las de alimentos futuros.

c) Tiempo y forma: Tal y como señala el apartado tercero del art. 19 LEC, la transacción podrá realizarse en cualquier momento, desde el inicio del proceso y hasta que se dicte sentencia firme (ORTELLS RAMOS, 2003, p. 503). Pese a que en el apartado tercero también se hace referencia a la fase de ejecución, no tiene sentido que la transacción se produzca en ese momento, puesto que con ella se excluye la sentencia, refiriéndose por tanto esta posibilidad a otras formas de terminación anormal del proceso.

Si bien se ha intentado equiparar el convenio de realización a una transacción judicial (GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 264), lo cierto es que dicho convenio no cumple las exigencias del art. 19 LEC, puesto que con él no se pone fin al litigio. El convenio de realización se produce en una fase procesal en la que el órgano jurisdiccional ya ha decidido sobre las pretensiones de las partes, poniendo fin al conflicto existente entre ellas. Ha sido, pues, el juez con su decisión el que ha resuelto la cuestión litigiosa, y no las partes a través de la transacción; lo único que se pretende con ese convenio es proceder a la ejecución pactada de una decisión judicial firme, convenio que, por otra parte, tampoco pone fin a la ejecución.

Respecto de la forma de realización de la transacción, el art. 19 LEC no exige ninguna forma predeterminada, por lo que ésta podrá realizarse dentro de las actuaciones judiciales o fuera de ellas. En el primer caso, la transacción se produciría en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 414.2 y 415 LEC), o al inicio de la vista en el juicio verbal. En el segundo caso, las partes pactarían lo convenido fuera del proceso, introduciendo posteriormente dicho convenio a transacción en el proceso para su aprobación judicial, tal y como exige el art. 19.2 LEC.

### **C) Homologación judicial**

El acuerdo transaccional ha de homologarse judicialmente una vez examinada la concurrencia de los requisitos a los que hemos hecho referencia (véase la STS de 25.5.1999). Esta homologación se realizará por auto conforme al art. 206.2,2<sup>a</sup> LEC, en el que se identificarán las partes, los datos del proceso que da origen a la transacción y los acuerdos alcanzados en virtud de los cuales se pone fin al proceso (GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 266).

El imperio del principio dispositivo en el proceso civil se pone una vez más de relieve en la redacción del apartado segundo del art. 19 LEC, cuando el legislador impone al juez la homologación de la transacción cuando se cumplan los requisitos exigidos en el precepto. No se deja en manos del juez el examen de fondo del convenio transaccional, sino que se dice expresamente que dicho acuerdo «será homologado (...)», limitándose el juzgador a determinar si se trata de una materia disponible y si no existe prohibición legal expresa.

#### **D) Efectos**

El poder de disposición sobre el objeto del proceso civil produce como consecuencia que, a través de la transacción, se pueda finalizar el litigio. Es este el principal efecto de la transacción y su fundamento y, como consecuencia del mismo, las partes se ven vinculadas por el acuerdo transaccional y el legislador le reconoce eficacia ejecutiva (véanse las SSTs de 6.11.1993; 29.7.1998; 30.1.1999; 10.7.2002).

La vinculación de las partes a la transacción ha sido interpretada por el legislador como equiparable a los efectos de cosa juzgada que produce la sentencia firme. Así, el art. 1816 CC establece que la transacción tendrá para las partes autoridad de cosa juzgada. No obstante, no puede pretenderse que los acuerdos alcanzados por las partes, aún homologados judicialmente, tengan la misma fuerza o produzcan los mismos efectos que una sentencia firme dictada por un órgano jurisdiccional del Estado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional consagrada constitucionalmente (ORTELLS RAMOS, 2003, p. 504). La vinculación de las partes a la transacción no procede de los efectos de cosa juzgada ya que, por otra parte, nada se ha juzgado, puesto que se ha puesto fin al proceso, sino que es fruto de la vinculación a lo convenido o contratado, vinculación que el art. 1816 CC refiere a todo tipo de transacción, extendiéndose por tanto a la judicial y a la extrajudicial.

Finalmente, la eficacia ejecutiva de la transacción judicial viene reconocida en el art. 415.2 LEC, considerándose en el art. 517.2.3<sup>a</sup> LEC como un título que lleva aparejada ejecución.

### **3. La suspensión**

El apartado cuarto del art. 19 LEC regula otra de las manifestaciones del poder de disposición de las partes en el proceso civil, a la que se refiere también el art. 179.2 de la norma procesal. A través de la suspensión, las partes pueden solicitar la paralización del proceso que, tal y como está redactado el precepto, deberá ser acordada por el juzgador siempre que no perjudique a terceros, al interés general y no se pida por tiempo superior a sesenta días.

Si bien es cierto que la paralización del proceso puede derivarse de distintos actos procesales, la regulada en el art. 19 LEC hace referencia a la suspensión por voluntad de las partes, con base en

su poder de disposición, y no provocada por la realización de algún acto procesal que necesite pronunciamiento judicial previo<sup>3</sup>.

Este tipo de suspensiones obedecen, normalmente, a las negociaciones o convenios que las partes intentan llevar a cabo al margen del proceso para solucionar su conflicto sin pronunciamiento judicial y son, en ocasiones, el precedente lógico del archivo de las actuaciones por caducidad de la instancia (GARNICA MARTÍN, 2000, p. 266).

Su régimen jurídico se deriva de las propias exigencias del precepto, en cuanto que se determina la concurrencia de la voluntad de las partes, que no exista perjuicio para terceros o para el interés general, y el plazo máximo durante el que puede acordarse.

### A) Requisitos

a) Subjetivos: Exige el art. 19.4 LEC, en primer lugar, que la petición de suspensión se derive de una concurrencia de voluntades de las partes en litigio. No se trata simplemente de que se acuerde a instancia de parte, si no de que ambas partes, de común acuerdo, soliciten la paralización del proceso.

Estamos ante una manifestación del principio dispositivo que rige el proceso civil, en cuanto a poder de disposición del inicio y prosecución del proceso, pero en este caso dicha disposición ha de ejercerse conjuntamente por las dos partes. No podría, además, llegarse a una solución diferente, pues nos encontramos ante una paralización del proceso sin causa que se alegue. Por tanto, o se exige concurrencia de voluntades, o se está dejando en manos de uno de los litigantes la mayor o menor celeridad en la resolución definitiva de la controversia (GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 267).

Tal y como está regulada la suspensión en nuestra Ley procesal civil, el legislador impone al juez la obligación de acordar la suspensión siempre que se solicite por ambas partes de común acuerdo y cumpla los requisitos establecidos en el precepto. La solución no podía ser distinta teniendo en cuenta que las partes disponen libremente del proceso. No obstante, no estamos ya tan seguros de que esa suspensión haya de acordarse necesariamente por auto puesto que, como acto de disposición de las partes en el que no hay que alegar causa alguna, la suspensión tiene su motivación precisamente en esa voluntad acorde de las partes, por lo que no requiere ninguna motivación más.

b) Objetivos: El art. 19.4 LEC exige expresamente que, con la suspensión, no se perjudique a terceros o al interés general. Lo difícil será que el órgano jurisdiccional determine cuando se

---

<sup>3</sup> Dentro de este supuesto podríamos englobar los casos de resolución de incidentes de previo pronunciamiento, el planteamiento de la declinatoria, la acumulación de procesos y los casos recogidos en el art. 188 LEC, entre otros.

produce ese perjuicio de terceros, fundamentalmente en aquellos casos en que la suspensión se solicita al inicio del proceso o antes de la práctica de la prueba.

c) Tiempo y forma: Aunque el apartado tercero del art. 19 LEC no hace referencia a la suspensión cuando regula el momento procesal oportuno para realizar los otros actos de disposición del proceso y su objeto, no vemos ningún obstáculo en que se pueda aplicar este precepto. De todas formas, teniendo en cuenta que la suspensión ha de solicitarse conjuntamente por ambas partes, no podrá hacerse antes de que se produzca el emplazamiento y personación del demandado en el proceso.

Tampoco exige el legislador una forma determinada para presentar la solicitud de suspensión, aunque sí debe constar la voluntad acorde las partes, por ser ésta la razón o fundamento de la suspensión. Por tal motivo creemos que la solicitud podrá presentarse por escrito conjuntamente por las dos partes o, incluso, oralmente, dependiendo del momento procesal en que se realice. Nada impide que, en la audiencia previa o al inicio de la vista en el juicio verbal o, incluso, en el propio acto del juicio en el juicio ordinario, las partes soliciten oralmente la suspensión del proceso, quedando constancia en el acta de la solicitud y del acuerdo conjunto de las partes.

## **B) Efectos**

La solicitud presentada por las partes, cuando no perjudique a terceros o al interés general, provoca, de inmediato, la suspensión del proceso, suspensión que, como ya hemos puesto de relieve con anterioridad, ha de acordarse por auto, tal y como establece el precepto. En dicho auto constará, además de la identificación de las partes y del litigio, el tiempo durante el que va a permanecer suspendido el proceso.

Lo que sí establece el precepto es el plazo máximo por el que se puede solicitar la suspensión, transcurrido el cual, si no se ha solicitado la continuación del proceso, el Tribunal acordará el archivo provisional de las actuaciones (*ex art.* 179.2 LEC). De acuerdo con esta regulación, y partiendo precisamente del poder de disposición de las partes, no podrá acordarse en ningún caso la continuación del proceso si ésta no es solicitada por alguna de las partes.

## *Artículo 20. Renuncia y desistimiento*

1. Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibile. En este caso se dictará auto mandado seguir el proceso adelante.
2. El demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. También podrá desistir unilateralmente en cualquier momento, cuando el demandado se encontrare en rebeldía.
3. Emplazado el demandado, del escrito de desistimiento se le dará traslado por plazo de diez días.

Si el demandado prestare su conformidad al desistimiento o no se opusiere a él dentro del plazo expresado en el párrafo anterior, el tribunal dictará auto de sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto.

### *1. La renuncia*

#### **A) Concepto y objeto**

La renuncia es un acto unilateral del demandante a través del cual manifiesta su intención de poner fin al proceso, haciendo dejación de su pretensión o del derecho que la fundamenta (BARONA VILAR, 2001, p. 193; CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2004, p. 348; GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 279; GARNICA MARTÍN, 2000, p. 270).

Esta institución procesal es fruto de una construcción doctrinal avalada jurisprudencialmente de la que se hace eco el art. 20 LEC (DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 469; GARNICA MARTÍN, 2000, p. 271). En este precepto, el legislador distingue entre la «renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que fundamente su pretensión (...)», distinción ésta que pone de relieve una de las principales polémicas que se han originado alrededor de esta institución. Como es sabido, la doctrina no es unánime a la hora de posicionarse en torno al objeto de la renuncia (BARONA VILAR, 2001, p. 193; CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2004, p. 348; DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 470; GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 280; GARNICA MARTÍN, 2000, p. 271; ORTELLS RAMOS, 2003, p. 495).

Dejando a un lado las diversas posturas doctrinales en torno a esta cuestión, por ser de sobra conocidas y por razones de extensión de este trabajo, nos centraremos en el análisis del art. 20 LEC y en la diferencia que el legislador establece en cuanto al tipo de renuncia. No creemos que se pueda mantener, a día de hoy, como podría desprenderse de una interpretación literal del precepto, que el demandante renuncia a la acción, considerada ésta como derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para obtener la tutela judicial efectiva.

Partiendo, pues, de este concepto abstracto de la acción, difícilmente puede defenderse que se renuncie a ella. Lo que sí cabría, y a esto se refiere el legislador, es la renuncia a la pretensión,

identificando ésta como la petición de tutela jurisdiccional concreta expresada por el actor<sup>4</sup> (DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 470; CORDON MORENO, 2001, p. 236; ORTELLS RAMOS, 2003, p. 495).

Cuando en las primeras líneas del comentario al art. 19 LEC, nos referíamos a las manifestaciones del principio dispositivo que rige el proceso civil, ya señalábamos que la determinación del objeto del proceso corresponde únicamente a las partes. Son éstas las que fijarán el ámbito de decisión del juez y el objeto del debate a través de la pretensión deducida en la demanda. El juez se encuentra limitado por las pretensiones de las partes, pudiendo sólo decidir dentro del contenido de esas pretensiones. La actividad privada condiciona los poderes del Juez, no sólo en cuanto a la puesta en marcha del proceso, sino también en cuanto a la amplitud de la tutela jurídica solicitada (GUASP DELGADO, 1996, p. 299).

Es precisamente a esa tutela concreta solicitada a la que renuncia el demandante que reconoce como infundada tal tutela, dictando en consecuencia el juzgador una sentencia absolutoria con efecto de cosa juzgada, que pone fin al proceso. El efecto de cosa juzgada se extiende únicamente a la pretensión, o a la tutela concreta deducida en el proceso que ha sido objeto de renuncia por el demandante, en uso de su poder de disposición sobre el proceso y su objeto. No afectaría ese efecto de cosa juzgada sobre otras clases de tutelas concretas que pudieran estar relacionadas con el derecho subjetivo privado que sirve de base a la pretensión.

No puede identificarse sin más el objeto del proceso con el derecho subjetivo privado en que se fundamenta la pretensión. Es cierto que, en muchas ocasiones, la disposición del objeto implica también el reconocimiento de la inexistencia del derecho pero, en otras muchas, un mismo derecho subjetivo o una misma relación jurídica material puede dar lugar a diversas reclamaciones, que constituirían objetos procesales diferentes, sin que de la renuncia a alguno de ellos pueda derivarse el reconocimiento de la inexistencia de los demás o del propio derecho (ORTELLS RAMOS, 2003, p. 271).

Si identificamos la renuncia que regula el art. 20.1 LEC con la renuncia a la pretensión o petición de tutela concreta, podría argumentarse la identificación de esta clase de renuncia con el desistimiento al que se refiere también este precepto. Sin embargo, esta identificación no se produce en ningún caso. Es preciso señalar que, con la renuncia, tal y como ya hemos explicado, el actor dispone sobre el objeto del proceso y reconoce como infundada su pretensión, mientras que con el desistimiento lo que hace es disponer del juicio, así lo declara expresamente el art. 20.2 LEC, y no del objeto del proceso. Esta distinción del legislador entre la renuncia a la acción (pretensión) o al derecho en que ésta se fundamenta, y el desistimiento del juicio, marca claramente la diferente regulación de una y otra institución, y los distintos efectos que producen (véanse las STS 4.3.2004; SAP Murcia 5.6.2003; SAP Valencia 12.4.2005, entre otras).

---

<sup>4</sup> Si consideramos la pretensión como simple acto procesal en que se manifiesta la voluntad del actor, dicho acto sería entonces revocable y no renunciable, por lo que no cabría pronunciamiento judicial a través de la sentencia. De ahí que la pretensión deba considerarse también como una petición de tutela jurisdiccional concreta.

## B) Requisitos

a) Subjetivos: La renuncia es un acto de parte que corresponde obviamente al actor y que no necesita la participación del demandado (véanse las SSTS 5.4.1997; 4.3.2004; SAP Jaén 19.1.1999). Como acto que entraña un poder de disposición sobre el objeto del proceso, requiere capacidad procesal y de postulación. En atención a estas exigencias, se necesita autorización judicial en el caso del representante legal (arts. 166 y 271.3 CC); el representante de la persona jurídica y el representante voluntario necesitan mandato expreso en el poder; en el caso del Estado se necesita decreto dado con audiencia previa del Consejo de Estado reunido en pleno (art. 39 Ley General Presupuestaria y art. 40 Ley de Patrimonio del Estado) y, finalmente, el procurador necesita poder especial que lo faculte expresamente para renunciar, tal y como dispone el art. 25.2.1º LEC.

b) Objetivos: Tanto el art. 19.1 LEC como el art. 6.2 CC establecen que la renuncia sólo es admisible cuando no sea contraria a la Ley, al orden público y no perjudique a terceros.

Teniendo en cuenta que la renuncia se produce sobre la pretensión objeto del proceso o sobre el derecho que la fundamenta, únicamente cabría admitir la renuncia total. No obstante, no habría ningún inconveniente en admitir la renuncia parcial en los supuestos de acumulación de acciones, o en aquellos casos en que el objeto del proceso, esto es, la pretensión, es perfectamente divisible.

c) Tiempo y forma: El art. 19 LEC, en su tercer apartado, establece que la renuncia, al igual que los otros medios de disposición sobre el objeto del proceso, puede efectuarse en cualquier momento del proceso, incluso durante la fase de recurso o de ejecución. Sin embargo, partiendo siempre del objeto de la renuncia, la pretensión del actor o el derecho que la fundamenta, lo cierto es que no pueden equipararse la renuncia que se produce en primera instancia a cualquiera de las demás.

Hay que tener en cuenta que, en la segunda instancia, ya se ha dictado sentencia sobre el fondo del asunto y sólo tendría cabida la renuncia a la que se refiere el art. 20 LEC si esta sentencia fuese absolutoria para el demandado, siendo objeto de recurso por el actor mediante la reproducción de la pretensión planteada en primera instancia. Por lo que se refiere a la fase de ejecución, no cabría la renuncia tal y como la prevé el artículo comentado, puesto que según esta norma establece el efecto de la renuncia sería una sentencia absolutoria para el demandado, resolución que no puede dictarse en ese momento puesto que ya se ha dictado otra anterior firme y por tanto con efecto de cosa juzgada (DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 475; GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 281).

Aunque la norma procesal civil no exige una forma determinada para concretar la renuncia, lo cierto es que un acto como éste, que conlleva la disponibilidad sobre el objeto del proceso, y determina, sin más, una sentencia absolutoria para el demandado con efecto de cosa juzgada, ha de exteriorizarse expresamente, sin que quepa duda alguna sobre la voluntad del actor (véanse las SSTS 30.1.2004; 27.1.2003; 31.12.2003; 30.9.1996). La propia redacción del art. 20.1 LEC así lo confirma al hacer referencia a la manifestación del actor sobre su voluntad de renunciar,



exigiendo por tanto que tal manifestación se produzca, sin que quepa deducirla de actos más o menos directos de los que podía derivar una renuncia tácita. No obstante, al no exigir un procedimiento determinado ni que el acto conste por escrito, la renuncia podrá realizarse oralmente o de por escrito dependiendo del momento procesal en que se produzca.

### **C) Efectos**

La renuncia produce la finalización del proceso con sentencia absolutoria para el demandado con efecto de cosa juzgada (SAP Valencia 12.4.2005; SAP Valencia 17.4.2003; SAP Murcia 5.6.2003). La sentencia ha de limitarse a la identificación de las partes y del conflicto que ha generado el proceso, sin que exista relato de hechos probados, puesto que la absolución del demandado no se basa en la falta de prueba del actor, sino en la renuncia a su pretensión (GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 283). Esta sentencia absolutoria determinará, en todo caso, el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieran acordado con base en la petición del actor. En el caso de que la renuncia no cumpla los requisitos legales, se dictará auto mandando proseguir el proceso, dictándose sentencia en su momento sin ninguna vinculación a la renuncia.

Cuando se trate de una renuncia parcial, el proceso deberá continuar para que se decida sobre aquello que no se ha visto afectado por la renuncia, dictándose sentencia absolutoria respecto a lo renunciado y la que proceda respecto al resto. En estos casos, la eficacia de la renuncia parcial no se produce hasta que se dicta sentencia pero, teniendo en cuenta que ésta puede demorarse porque el proceso debe continuar, no estaría de más que el juzgador dictara auto levantando las medidas cautelares que se vieran afectadas por la renuncia parcial.

## **2. El desistimiento**

### **A) Concepto y clases**

El desistimiento es un acto de voluntad del actor a través del cual manifiesta su intención de abandonar el proceso ya iniciado, sin hacer dejación de la pretensión ni del derecho que la fundamenta. Por tal motivo, el desistimiento conlleva, tal y como señala el apartado tercero del art. 20 LEC, que la pretensión quede imprejuzgada, dictándose auto de sobreseimiento que permite al actor interponer de nuevo la misma pretensión (SAP Baleares 3.3.2005; SAP Valencia 12.4.2005; AAP de Madrid 18.3.2005).

De esta regulación se deriva, obviamente, que el desistimiento a que se refiere el art. 20.2 y 3 LEC ha de producirse en la primera instancia y no en fase de recurso o de ejecución, en que ya se ha dictado sentencia sobre la pretensión objeto de proceso y, por tanto, ésta no puede quedar imprejuzgada. Por tal motivo, el legislador regula el desistimiento del recurso y esa fase del proceso en un precepto diferente, el art. 450 LEC.

Por lo que se refiere a la ejecución, el desistimiento se producirá, por regla general, cuando el ejecutante haya conseguido la satisfacción extraprocesal de su pretensión, pero nada impide que el ejecutante pueda desistir del proceso de ejecución en un momento determinado y volver a plantearla después, siempre que esté todavía en plazo para ello. No obstante, dado que esta actitud del ejecutante no se regula específicamente en la Ley procesal civil, habrá que acudir al art. 20 LEC como referente, pero teniendo siempre en cuenta las particularidades de la ejecución y que los efectos que regula el legislador en este precepto no son directamente aplicables al desistimiento de la ejecución (GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 288; GARNICA MARTÍN, 2000, p. 274; ORTELLS RAMOS, 2003, p. 508).

Distingue la Ley de Enjuiciamiento Civil entre dos tipos o clases de desistimiento, cuya diferente regulación no proviene de los distintos efectos que producen sino de los requisitos exigidos en cada caso dependiendo del momento procesal en que tienen lugar:

a) En el segundo apartado del art. 20 LEC, el legislador recoge un desistimiento “unilateral” que puede realizar el demandante cuando el demandado no ha sido emplazado para contestar en el juicio ordinario, o citado para la vista en el juicio verbal; y que también puede llevarse a cabo en cualquier momento del proceso si el demandado ha sido declarado rebelde.

b) En el art. 20.3 LEC se regula un desistimiento para el que se requiere la conformidad del demandado, debiendo resolver el juez lo que estime oportuno en caso de que ésta no se produzca.

Esta doble regulación del desistimiento puede inducir a la confusión de atribuirle naturaleza bilateral cuando se cumplan las condiciones reguladas en el apartado tercero del art. 20 LEC, esto es, cuando se lleve a cabo después del emplazamiento del demandado. No obstante, lo cierto es que su naturaleza de acto unilateral del actor no se pierde por la exigencia del conformidad del demandado en el precepto comentado.

No estamos ante un negocio jurídico en el que las partes, de común acuerdo o uno con el consentimiento del otro, deciden abandonar el proceso. Si así fuera, en el caso de disconformidad del demandado, el juez debería continuar con el proceso para sentencia y no tendría la facultad de resolver atendiendo a las alegaciones efectuadas por las partes. Por el contrario, la eficacia del desistimiento no depende de la voluntad del demandado sino del interés legítimo que éste pueda alegar para oponerse (ORTELLS RAMOS, 2003, p. 509; véanse también las SSTs 4.3.2004; SAP Valencia 12.4.2005; SAP Murcia 16.12.2004; SAP Burgos 17.6.2002). Nos encontramos ante una manifestación de voluntad del actor de abandono del proceso por él iniciado que exige, en algunos casos, la conformidad del demandado debido a las expectativas que ese proceso ha generado (FAIREN GUILLEN, 1950).

A nadie se le escapa que, a través del proceso, el actor protege sus derechos e intereses legítimos, generándose a partir de ese momento una serie de expectativas que no le afectan únicamente a él sino también a la otra parte procesal, el demandado. Con el inicio del proceso, el demandante

coloca al demandado en una posición comprometida tanto en su esfera personal y social, como en su esfera patrimonial, por lo que resulta lógico que, a pesar del desistimiento del actor, quiera el demandado continuar con el proceso para que se resuelva definitivamente una controversia que en caso contrario, puede volver a reproducirse (FAIREN GUILLEN, 1950, pp. 615 y ss.).

Por esta razón, los derechos y deberes que conforman el proceso no pueden desaparecer temporalmente por el simple abandono del demandante; también el demandado tendrá algo que decir cuando la demanda ya se ha dirigido contra su persona. A estas razones responde la doble regulación del art. 20 LEC.

## B) Requisitos

a) Subjetivos: Como el desistimiento no implica un poder de disposición sobre el objeto del proceso, puesto que nada impide si se cumplen los requisitos legales que se vuelva a interponer la misma pretensión, se exige capacidad procesal y de postulación, sin que sea necesaria autorización especial de la autoridad judicial o de las personas representadas, como sucede en la renuncia. No obstante, dicho desistimiento ha de formalizarse por el demandante personalmente o, si interviene el procurador, necesita poder especial de acuerdo con lo establecido en el art. 25.2.1º LEC (véanse las SSTs de 2.12.2002; 19.7.2000).

b) Objetivos: A diferencia de otras figuras procesales que implican una disposición sobre el objeto del proceso, determinando el contenido de la sentencia, el desistimiento tiene cabida en todo tipo de proceso, puesto que la pretensión queda imprejuzgada, si bien es cierto que en algunos procesos no dispositivos se exige la conformidad del Ministerio Fiscal. En este sentido, el art. 751 LEC impide la eficacia de la renuncia, la transacción o el allanamiento en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, y requiere la conformidad del Ministerio Fiscal en el caso del desistimiento, excepto en los supuestos contemplados en el apartado segundo<sup>5</sup>.

El desistimiento puede ser total o parcial. El primero provoca la terminación del proceso, mientras que el segundo deberá continuar puesto que se produce en supuestos de reunión de distintos procesos en uno solo, afectando el desistimiento sólo a alguno de ellos. Nos encontramos ante casos de acumulación de acciones que, pudiendo tramitarse en procesos diferentes, se incoan en uno sólo, supuestos de acumulación de procesos y casos de litisconsorcio voluntario.

c) Tiempo y forma: Una interpretación literal del art. 19.3 LEC nos conduce a defender que el desistimiento, al igual que los otros actos de disposición sobre el proceso y su objeto, podrá realizarse en cualquier momento de la primera instancia, los recursos o la ejecución. No obstante,

---

<sup>5</sup> Procesos de prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad cuando no existan menores, incapacitados o ausentes; procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, iniciado por el cónyuge menor una vez alcanzada la mayoría de edad; los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave; finalmente los procesos de separación y divorcio.

es el propio precepto el que alude a la naturaleza de cada una de las instituciones reguladas y, por tanto, tal y como ya hemos puesto de relieve con anterioridad, los efectos previstos en el art. 20 LEC sólo pueden predicarse del desistimiento en la primera instancia.

En este sentido, los términos del precepto comentado son claros, puesto que hace referencia a que el acto se produzca antes de la contestación de la demanda, al emplazamiento del demandado, y al auto de sobreseimiento que permite la incoación de un proceso posterior con el mismo objeto. Esta última cuestión pone claramente de relieve que el legislador no estaba pensando en un desistimiento en fase de recursos o en la ejecución, ya que tanto en uno como en otro caso sería imposible la incoación de un proceso posterior con el mismo objeto.

Atendiendo, pues, a estas consideraciones, el actor podría desistir desde el mismo instante en que interpuso la demanda y hasta el momento en que se dicta la sentencia.

Aunque cabe diferenciar entre el desistimiento expreso y tácito, y dentro del primero distinguimos también entre el que se manifiesta oralmente de aquél que tiene lugar por escrito, lo cierto es que el art. 20 LEC regula únicamente el desistimiento por escrito y, por tanto, expreso. Es cierto que el apartado segundo no exige que conste por escrito, pudiendo deducirse por tanto que adoptará la forma oral o escrita dependiendo del tipo de proceso en que se lleve a cabo y del momento procesal en que se realice. Sin embargo, si seguimos con la regulación de este precepto, nos encontramos con que en el apartado tercero el legislador exige el traslado del escrito de desistimiento al demandado, cuando se interponga con posterioridad a su emplazamiento, lo que nos lleva a concluir que el demandante ha de presentar un escrito *ad hoc* para desistir del proceso (en este sentido, GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 288).

Las otras clases de desistimiento que también puede realizar el actor aparecen reguladas en otros preceptos de la Ley procesal civil, ya sea de forma expresa pero formulado oralmente, como el que se produce o es consecuencia de conductas concretas y determinadas a las que la Ley le asigna los efectos del desistimiento.

Dentro del primer supuesto se encuentra el art. 415.1, II LEC, en el que se permite a las partes desistir del proceso, una vez que han comparecido en la audiencia previa y manifiestan haber llegado a un acuerdo. Dentro del desistimiento tácito se encuadran la inasistencia del demandante a la audiencia previa del juicio ordinario (art. 414.3 y 4 LEC) o a la vista del juicio verbal (arts. 442.1 LEC) y la falta de personación de los sucesores del demandante fallecido cuando no son conocidos por el demandado y no pueden localizarse (art. 16.3.II LEC).

Si, por escrito, se manifiesta la voluntad del actor de desistir, también ha de constar por escrito la conformidad o disconformidad del demandado. Para ello habrá que darle traslado por diez días para que manifieste su posición, dictando el juez auto de sobreseimiento tanto en el caso de conformidad, como en el supuesto de que transcurrido el plazo no se conozca su oposición.

### C) Efectos

El desistimiento que cumple los requisitos legales pone fin al proceso a través de un auto de sobreseimiento que deja imprejuzgada la pretensión. Este auto de sobreseimiento se dictará de inmediato, atendiendo por tanto al poder de disposición de las partes sobre el proceso, en los siguientes casos:

- a) cuando el desistimiento se produzca antes del emplazamiento del demandado para contestar a la demanda en el juicio ordinario, o de la citación para la vista en el juicio verbal.
- b) cuando, producido después del emplazamiento del demandado o de la citación para la vista en el verbal, éste presta su conformidad o no manifiesta su oposición en el plazo de diez días desde que se le dio traslado del escrito.

En estos casos el auto debe limitarse, al igual que ocurría con la sentencia que se dictaba como consecuencia de la renuncia, a la identificación de las partes, del litigio que ha propiciado el proceso y de los términos del desistimiento. Este auto producirá el levantamiento de las medidas cautelares y el pronunciamiento en costas conforme al art. 396 LEC. Como este auto no causa perjuicio alguno a las partes no, cabe recurso contra él.

Por el contrario, en el supuesto de que el demandado haya manifestado su oposición, el juez resolverá lo que estime oportuno a la vista de las alegaciones efectuadas por las partes, pudiendo dictar auto de sobreseimiento como pretende el actor, o la continuación del proceso como quiere el demandado. Contra el auto que decida el sobreseimiento cabe recurso de apelación por tratarse de un auto definitivo a los que se refiere el art. 455.1 LEC. Contra el auto que mande la continuación del proceso cabe recurso de reposición, tal y como prevé el art. 451 LEC.

## Artículo 21. Allanamiento

1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.
2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los arts. 517 y siguientes de esta ley.

### A) Concepto

El allanamiento es un acto procesal de terminación que procede del demandado, por el que manifiesta su conformidad y acepta, pura y simplemente, la petición contenida en la demanda, o bien la declaración de estar jurídicamente fundada la pretensión. Si tenemos en cuenta los efectos que la ley procesal le atribuye, estamos ante una declaración de voluntad unilateral del demandado, integradora de un acto de causación, que provoca la terminación anticipada e inmediata del proceso, en virtud de la cual se vincula al juez a dictar una sentencia condenatoria, de fondo, aunque no contradictoria, si bien dentro de ciertos límites (CORTES DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 349-350; DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 434; véase también la STC 119/1986, de 20 de octubre).

La LEC/2000 regula por primera vez, de modo sistemático, la institución del allanamiento. Anteriormente, únicamente se aludía a ella en los arts. 9.3, 523.3 y 1.541 de la Ley de 1881, y se regulaba solamente en relación con el llamado juicio de cognición, por el Decreto de 21 de noviembre de 1952 (art. 41) aunque, naturalmente, estaba plenamente vigente en la práctica, y configurada jurisprudencialmente.

Instituciones afines al allanamiento, pero diferentes, son *la admisión de hechos*, que sólo versa sobre los hechos (en contra, véase la STS de 8.11.1995), no atañe a la pretensión, pudiendo ser acto procesal tanto del demandante como del demandado, expresa o tácita, y no vincula el contenido de la sentencia sino que afecta, simplemente, a cuáles son los hechos controvertidos y que han de constituir el objeto de la prueba, mientras que el allanamiento exime precisamente de la prueba en función de esa conformidad con la pretensión del actor.

Tampoco es allanamiento el caso en que el demandado *reconoce el fundamento de la pretensión*, pero no se conforma con lo pedido pues, al mismo tiempo, comparece para alegar excepciones o defensas materiales que se oponen, en todo o en parte, a dicha pretensión, o a ella tal como viene formulada, como cuando se oponen la prescripción, la compensación o la obligación del actor de realizar otra prestación previa o simultánea, todas las cuales dejan viva la controversia procesal (ORTELLS RAMOS, 2003, p. 491).

Es generalmente aceptado que el allanamiento afecta a la pretensión, como se dice literalmente en este art. 20 LEC pero, más concretamente, afecta al elemento que se integra por la *petición*. Ni siquiera puede decirse que afecte a los *hechos constitutivos de la pretensión*, en cuanto constituyen su *fundamento*, por cuanto el art. 20.1 LEC solamente obliga al juez a dictar sentencia *de acuerdo con lo solicitado*, es decir, de conformidad con el *petitum*, no con la *causa petendi*.

Como acertadamente se ha señalado (GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 309), si el allanamiento incluyera también los hechos, el demandado se lo pensaría dos veces y no se favorecería el desarrollo de esta saludable institución, que no sólo le perjudicaría en el momento presente y para este proceso, sino también de cara al futuro, pues si quedasen probados los hechos constitutivos alegados por el actor, si integrasen el relato de hechos probados de la sentencia condenatoria que sigue al allanamiento, con los que no tiene por qué estar de acuerdo el demandado que se allana, tales hechos podrían servir en el futuro para fundamentar nuevas pretensiones contra él, al amparo del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material.

Frente al allanamiento, el *interrogatorio de parte* es un medio de prueba cuyo sujeto puede ser tanto el actor como el demandado, que versa sobre hechos controvertidos, y cuyo efecto consiste en el propio de toda prueba, en cuanto se reconocen los hechos desfavorables ellos pasan a la sentencia como probados.

También se distingue de la *renuncia*, no solamente porque sea un acto unilateral del demandado o del actor en cuanto contra él se ha formulado una reconvencción, sino porque, además, allanamiento no es igual a la renuncia o a la resistencia por el demandado, pues si no discute los hechos o los acepta, sin formular excepciones, la consecuencia no necesariamente va a ser, como en el caso del allanamiento, la vinculación del juez a dictar una sentencia estimatoria.

Frente a la *transacción*, el allanamiento no es bilateral, no implica reciprocidad de prestaciones, sino unilateral, no precisa aceptación por el actor, que no tendrá interés jurídico en negarla, e implica, no la subsistencia del litigio, sino su eliminación.

### **B) Objeto**

El allanamiento sólo puede tener lugar en el ámbito de los *derechos disponibles* y no es posible en aquellos procesos en los que se ventilan relaciones jurídicas de *ius cogens*, como recuerda el art. 751.1 LEC, en relación a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Aunque habrá que tener en cuenta la salvedad que se contiene en el mismo precepto, apartado tercero, sobre las pretensiones formuladas en dichos procesos que sí tienen por objeto materias de carácter disponible, como las patrimoniales ligadas a lo que constituyen las relaciones o derechos de la personalidad, objeto principal de dichos procesos.

### **C) Sujeto**

Dados los efectos de acto de causación que la ley anuda al allanamiento, y puesto que se trata de una declaración de voluntad, no bastará con la capacidad para ser parte y procesal, sino que además de ellas y de la de postulación, según las normas generales aplicables al cauce procesal de que se trate, será necesario presentar, según el art. 25.2.1º, un *poder especial por el Procurador* para allanarse, o bien ratificación de parte *apud acta*, mediante comparecencia ante el Juzgado (véase la STS de 31.12.2003).

Parece claro también que, al no existir norma especial que expresamente lo ordene, no es necesaria asistencia de *Abogado* para allanarse cuando no se realice ninguna otra petición, aunque otra cosa pudiera deducirse de los arts. 23 y 31 LEC, que parecen exigirla simplemente para personarse en todos los casos no excepcionados (GARNICA MARTÍN, 2000, p. 280).

Por otro lado, en determinados casos, son precisos requisitos complementarios: así, *el representante legal del menor o incapaz* necesitará autorización judicial, pues hay que entender aplicables analógicamente los arts. 166 CC respecto de los padres, y el art. 271.3 para el tutor, ya que, en definitiva, se está ante un acto que puede entrañar una renuncia o una disposición de derechos. Por la misma razón, *el representante voluntario* precisará de mandato expreso del representado, por aplicación del art. 1713.II CC.

En el caso de las *comunidades de propietarios*, el art. 12 de la LPH atribuye al presidente la representación, pero en la medida en que se trata de un acto de disposición, parece lo más seguro y conveniente que, antes de allanarse, se adopte un acuerdo en tal sentido por parte de la junta de la comunidad.

Si se está en presencia de un *litisconsorcio pasivo necesario o cuasinecesario*, o una *intervención litisconsorcial*, será preciso el allanamiento unánime de *todos* los litisconsortes o intervinientes o, lo que es lo mismo, cuando alguno no se conforme, el allanamiento no será eficaz y el proceso deberá de continuar, perjudicando o afectando solamente al que lo formule, ya que un litisconsorte no puede disponer del derecho de defensa de los demás, y siempre que naturalmente la condena del que se allanó no prejuzgue desfavorablemente el pronunciamiento respecto a los demás (ARMENTA DEU, 2002, p. 242. Véanse también las SSTS, 16.3.2001, 26.12.2002, 15.1.2003).

Con esta última expresión, que nada tiene que ver con la prejudicialidad, lo que se está diciendo es que el allanamiento de uno de los codemandados no puede ser eficaz en los casos en que el objeto procesal sea indivisible, pues se estaría dando entrada a posibles pronunciamientos contradictorios, afectándose la cosa juzgada, la seguridad jurídica o la contradicción.

En los casos de *litisconsorcio pasivo voluntario*, cuando se ejerciten acciones diversas pero conexas, por nacer de un mismo título o fundarse en una misma causa de pedir, por ejemplo, por existir solidaridad jurídica entre los demandados a quienes se exige la misma prestación, tampoco hay posibilidad de fallar de modo distinto, a pesar del allanamiento, de manera que el allanamiento de uno es ineficaz frente a los demás y el juez debe prescindir del acto de disposición, dado el



riesgo de dictar resoluciones contradictorias (CORDÓN MORENO, 2001, p. 241. Véase también la STS 20.10.1981).

En el caso especial de la *legitimación por sustitución*, cabe preguntarse por la eficacia del allanamiento prestado por el sustituto sin el concurso del titular. Puede defenderse su eficacia con el argumento de que el allanamiento no sería un acto de disposición material, y porque una defectuosa o equivocada estrategia procesal del sustituto conducirá, de hecho, al mismo resultado que el allanamiento. Sin embargo, hay que entender que la ineficacia del allanamiento en perjuicio de tercero, según el art. 21.1 LEC, servirá para impedir un allanamiento que pueda perjudicar al titular sustituido (ORTELLS RAMOS, 2002, p. 490).

El allanamiento de *persona jurídica* necesita de una manifestación de voluntad del órgano competente según la ley o norma por la que se rija, de modo que se contenga esa facultad en el poder de su representante en juicio.

El allanamiento del Estado, precisa de autorización expresa y, si se trata de un Ayuntamiento o Entidad Local, parece necesario un acuerdo del Pleno de la Corporación competente para decidir sobre el ejercicio de acciones o la oposición a las planteadas contra aquélla<sup>6</sup>. Cuando se trate de una Comunidad Autónoma habrá de estarse a la correspondiente ley de asistencia jurídica<sup>7</sup>.

#### D) Forma

El allanamiento ha de ser **expreso**, no siendo admisible el tácito o presunto, por una omisión de actividad o por una conducta significativa distinta de la expresión oral o escrita de la voluntad de allanarse, sino que ha de expresarse claramente la voluntad de admitir la pretensión del actor, o como viene diciendo la jurisprudencia, ha de tratarse de un acto personal, claro, concluyente, e inequívoco, consciente y previsible, y efectuado sin ninguna condición (SSTS 8.11.1995 y 11.11.1996).

En relación con este tema, el art. 496.2 LEC dispone expresamente que la *rebeldía* no será considerada como allanamiento, salvo excepción legal expresa. Además de la que se verá después a propósito de los desahucios, la otra *excepción* es la del art. 441.4.III LEC, que vincula la sentencia estimatoria de la demanda a los casos de rebeldía, falta de contestación o contestación inadmisibles, en supuestos de incumplimiento de contratos de arrendamiento financiero o compraventa a plazos e bienes muebles con reserva de dominio.

---

<sup>6</sup> En el primer caso, la competente para autorizar será la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, quien previamente deberá pedir informe al departamento, organismo o entidad pública correspondiente (art. 7 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, 52/1997, de 27 de noviembre) y, en el segundo, cfr. Ley de Bases del Régimen Local, 7/1985, de 2 de abril, y TR del Régimen Local, RDL 781/1986, de 18 de abril.

<sup>7</sup> En Galicia, por ejemplo, la autorización precisa acuerdo del *Consello de la Xunta*, a propuesta de la *Consellería* interesada, e informe previo de la *Asesoría Xurídica Xeral*, según el Dto. 92/1985, de 31 de enero.

Como otra excepción más se cita, a veces, la del art. 770.3<sup>a</sup> LEC en relación con los procesos matrimoniales, en los que la falta de comparecencia determinará el que se pueda tener por confeso al demandado, pero eso no es allanamiento, sino *ficta confessio* o admisión tácita de los hechos, bien que justificada.

Los casos de *tercería de dominio y de mejor derecho*, de los arts. 602 y 618 LEC, implican también admisión tácita de hechos, no allanamiento, ya que a los demandados que no contestan se les tiene por admitidos en los hechos alegados.

Aunque puede admitirse en *forma escrita o verbal*, según cual sea la prevista para el acto procesal durante el cual tiene lugar, por ejemplo, en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 414.2 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443 LEC), parece lo más seguro, y así se hace de modo habitual en la práctica, presentar un escrito expresivo de la voluntad de allanarse, a fin de evitar la prosecución del juicio y obtener todas las consecuencias procesales que con él se pretendían.

En definitiva, el allanamiento tanto puede tener lugar en el seno o como contenido de uno de los actos de alegación del demandado, singularmente el de contestación a la demanda (art. 405 LEC), como mediante un escrito *ad hoc*, o manifestación verbal siempre que sea expresa.

Nada se dice, en general, sobre *la audiencia del actor* en caso de allanamiento, dado que se trata de un acto unilateral del demandado, vinculante para el juez, y del que se presume que no habrá interés jurídico en oponerse. Pero eso no será siempre cierto, como ocurre en el caso, nada irrelevante en la práctica, de que no se produzca la condena en *costas*. En este caso, debiera darse traslado al actor a fin de que pudiese alegar sobre la existencia de circunstancias que indiquen mala fe del demandado y que sean base para una condena en costas a pesar del allanamiento (GARNICA MARTÍN, 2003, p. 283).

### **E) Tiempo**

Puesto que este art. 21 LEC nada dice, hay que entender que el allanamiento se puede producir en cualquier momento del proceso, ya sea durante la primera instancia, los recursos o la ejecución. Así se desprende también del art. 19.3 LEC, que lo establece para todos los actos de disposición del objeto del proceso en general. Los efectos procesales serán bien distintos, según tenga lugar en la instancia, durante la pendencia de la apelación o casación.

El tiempo para allanarse comienza a correr desde que se ha dado traslado de la demanda presentada al demandado, pues es el momento en el que tiene conocimiento de la concreta pretensión formulada contra él. Ha venido siendo tradicional considerar el allanamiento como uno de los posibles contenidos de *la contestación a la demanda* (art. 405.1 LEC). Esto no significa ni que sea contestación ni que sea éste el momento en que necesariamente deba de efectuarse, sino que puede hacerse en cualquier momento del proceso, después de la contestación también (art. 395.II LEC), con la trascendencia que a efectos de la condena en costas se le atribuye al momento en que tiene lugar.

En la instancia, el momento preclusivo será el del final del plazo para dictar sentencia. En la práctica, puede hacerse hasta que el juez dicte sentencia, ya que el allanamiento tiene el efecto de condicionar su contenido y no parece que nada impida presentar un escrito en tal sentido mientras esté corriendo el citado plazo, como lo demuestran ciertos actos de parte que sí se pueden realizar en dicho plazo (arts. 434 y ss LEC).

Cuando tiene lugar tras la sentencia de primera instancia, que entonces habrá sido desestimatoria de la pretensión del actor, al menos en el pronunciamiento relativo a las costas, el tribunal que conoce del recurso deberá dejar sin efecto la sentencia impugnada, revocándola por el acaecimiento de este hecho posterior, que es realmente un acto de disposición. No será necesario anularla para reconocer los efectos propios del allanamiento teniendo en cuenta que, hasta que la sentencia no es firme, el proceso no ha finalizado.

Cuando la primera sentencia haya sido estimatoria, y el demandado recurrente se allana, se está más ante un caso de desistimiento del recurso que de allanamiento. En este caso, no tiene sentido más que desistir, pues el demandado está reconociendo la justicia o corrección de la sentencia, que queda firme, al menos en caso de que haya acogido totalmente las pretensiones del actor pues, en caso contrario, renace la eficacia del allanamiento, vuelve a ser diferente al desistimiento.

Durante la pendencia de la *ejecución* de la sentencia, no parece que pueda tener virtualidad o eficacia el allanamiento como tal, ya que otra sentencia estimatoria totalmente de la pretensión no puede ya dictarse y, entonces, lo que procederá será cumplir voluntariamente el título, con ese carácter total.

#### **F) Efectos**

Primeramente, la *terminación anticipada* del proceso obliga al juez a dictar sentencia condenatoria, de acuerdo con lo solicitado. Como ya hemos dicho, el allanamiento no versa sobre los hechos, ni cabe identificarlo con la admisión de hechos sino, exclusivamente, sobre la petición o la pretensión del actor (BARONA VILAR, 2004, p. 375; GIMENO SENDRA, 2004, p. 253), como demuestra el sentido literal del art. 21.1, que parece referirse a la acepción vulgar usual de la expresión allanamiento. Sin embargo, lo cierto es que, una vez producido, el juez no va a poder entrar por regla general en el examen de los hechos, que se suelen considerar admitidos sin más por el allanamiento<sup>8</sup>. Y sentencia *de fondo*, aunque no contradictoria, con todos los *efectos de la cosa juzgada*.

De conformidad con lo que antes se dijo, debiera limitarse esa sentencia a consignar las partes, los términos del conflicto, las pretensiones aducidas, el hecho del allanamiento y la petición en el

---

<sup>8</sup> De conformidad con el carácter de acto de causación que se le atribuye, no se persigue con el allanamiento lograr convencer al Juez de que dicte una sentencia favorable, sino simplemente vincularlo en ese sentido.

fallo, no incluyendo como hechos probados los alegados por el actor en apoyo de dichas pretensiones.

Sin embargo, *no puede considerarse absoluta la vinculación* que produce al allanamiento, o de tal fuerza o entidad que impida al juez realizar, antes de dictar la sentencia condenatoria, un examen de las normas generales aplicables al caso, en suma, como dice también el art. 21.1, viene aquél obligado a efectuar un control de legalidad que tiene por objeto vigilar si el allanamiento se ha hecho en fraude de ley, o conlleva renuncia de un derecho en perjuicio de tercero, o del interés general.

En tal sentido, ya anteriormente la jurisprudencia (SSTS, 28.11.1988; 20.2.2001) y, ahora, la nueva ley procesal, establecen *límites al poder de disposición de la parte* demandada sobre el objeto del proceso y, más concretamente, sobre la facultades de defensa o de resistencia a la pretensión del actor de manera que, cuando el allanamiento contravenga el interés o el orden *público*, expresión más correcta que la de interés *general*, o suponga perjuicio para tercero, desaparece la vinculación del juez que, en lugar de dictar sentencia condenatoria, viene obligado a dictar auto, mediante el que ordenará la continuación del proceso, según señala claramente el art. 21.1 LEC.

O, lo que es lo mismo, no será válido el allanamiento cuando infrinja el conjunto de normas imperativas o prohibitivas que integran los límites generales de la autonomía de la voluntad privada, o cuando entrañe un acto contrario a la moralidad o las buenas costumbres a las que se refiere el CC, o conducente a una condena a prestación imposible (arts. 6, 1255, 1271, y 1272 CC).

Con la referencia al fraude de ley, concepto que difícilmente tendrá aquí un contenido distinto al de la expresión de perjuicio de tercero o del interés público, a la vista de cómo lo define el art. 6.4 del CC, realmente lo que se ha querido evitar es el uso del allanamiento para cometer un fraude procesal contra tercero<sup>9</sup> en el caso, por ejemplo, de que se esté ante relaciones jurídicas subordinadas o dependientes de otras, caso del deudor principal que se allana para perjudicar al fiador, o del arrendatario al subarrendatario o al cesionario. Pero no pueden impedirse estos allanamientos con carácter general, porque el carácter subordinado de la relación conlleva estas consecuencias, por lo que debería exigirse, además, que se haga en el caso con la sola intención de perjudicar de mala fe o en fraude de ley.

Además, se estará en todos esos supuestos ante la posibilidad de imposición por parte del juez de la *multa* a la que se refiere el nuevo art. 247.3 LEC, por infracción de las normas de *buena fe procesal* (GIMENO SENDRA, 2004, p. 254).

---

<sup>9</sup> DE LA OLIVA SANTOS (2001, p. 122) advierte, con razón, que no se trata de lo mismo, pudiendo darse el perjuicio de tercero sin que haya fraude de ley, que en buena técnica requiere dos normas, una defraudada o incumplida, y otra de cobertura, a la que formalmente el sujeto se acoge para eludir el cumplimiento o la eficacia de la anterior, no resultando fácil imaginar allanamientos en fraude de ley.

Con independencia de todo ello, y aunque se dé por supuesto o nada se diga aquí, si no se cumple *con los presupuestos procesales*, y puesto que corresponde vigilarlo de oficio, el juez, a pesar del allanamiento, no podrá dictar sentencia de fondo, sino que deberá dictar resolución de absolución en la instancia (ORTELLS RAMOS, 2003, p. 494).

Fuera de estos casos, si el juez no dicta sentencia condenatoria a consecuencia del allanamiento, incurrirá en infracción de las normas relativas a la sentencia, que devendrá así incongruente. De manera que nada impide al demandado allanarse a una pretensión infundada, ya que no está obligado a expresar la causa ni dar explicación alguna al juez de su conducta, mientras no se traspasen los límites antes citados.

Segundo efecto es que *las costas no se imponen al demandado* cuando se allana antes de contestar a la demanda, regla tradicional en nuestro Derecho, ya en el art. 523 LEC/1881, que tiene como fin estimular la solución pacífica de las controversias. Debiera decirse también antes del día señalado para la vista en el juicio verbal, que será el trámite equivalente al de contestación, *salvo que se aprecie que ha procedido de mala fe*, lo cual ha de razonarse debidamente, es decir en resolución motivada (art. 395.1.I), entendiéndose a estos efectos que ha existido mala fe cuando antes de presentada la demanda se hubiese formulado requerimiento justificado y fehaciente de pago, o si se hubiese presentado conciliación.

Cabe preguntarse si estos casos de mala fe que aquí se recogen son los únicos posibles o si puede haber más supuestos. Puesto que el fundamento de la norma es valorar si la conducta del demandado fue condicionante o no de que el actor acudiera al proceso, evitando la condena automática de quienes se pueden encontrar sorpresivamente en la demanda la primera reclamación sería del actor, casos en que parece excesiva la aplicación sin más del criterio del vencimiento (DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 436), pensamos que no cabe excluir algún supuesto más en que esto haya sido así.

En todo caso, si el allanamiento se produce *después de la contestación* a la demanda, se aplica el criterio general del vencimiento objetivo, dice el art. 394.2 LEC, lo cual implicará, por regla general, condena en costas, de conformidad con lo que dispone para todo proceso declarativo el art. 394.1 LEC, salvo que el caso presentara serias dudas de hecho o de Derecho, lo cual parece difícil que ocurra en el caso del allanamiento.

Tampoco está previsto qué sucederá en caso de allanamiento parcial, con lo que parece deberán de aplicarse las reglas generales (art. 394 LEC), aunque si se trata de allanamiento a parte de la cantidad reclamada debiera tenerse en cuenta, a efectos de importe de la condena, la cantidad sobre la que finalmente recaerá la condena definitiva.

### **G) Recursos**

El auto de allanamiento parcial es recurrible en reposición, no en apelación, ya que precisamente lo que se viene a evitar es la terminación del proceso.

En cambio, cuando se termina por allanamiento mediante sentencia, hay que entender que sería apelable, pero sólo si existe gravamen, por las costas cuando no se impongan, o si el demandado discute las razones de esa condena.

Otro supuesto en que cabe pensar en recurrir será cuando el fraude o perjuicio de tercero se descubra después del auto o sentencia. Debería poderse recurrir, si aún se está a tiempo, para pedir la nulidad de dicha resolución, sin tener que acudir a otras formas de hacer valer dicha nulidad.

#### *H) Allanamiento parcial*

Cuando el objeto del proceso se halle integrado por una pluralidad de pretensiones y el demandado se allana sólo a alguna de ellas, frecuentemente, por ejemplo, a una declarativa, y no se conforma a la de condena consecuencia de ella, o bien se trata de una pretensión en la que la cantidad es relevante, o de allanamiento a parte de la pretensión, como se reconoce en art. 405.1 LEC, a una parte de la cantidad reclamada<sup>10</sup>, o a la pretensión principal, pero no a la accesoria, o a los intereses, o sólo a la segunda o sucesivas en el orden de preferencia, caso de acumulación eventual, en que sigue interesando la primera, o las costas, estamos ante un allanamiento parcial, de modo que se produce la terminación del proceso respecto de las pretensiones allanadas<sup>11</sup>, y continúa respecto de las demás.

Al respecto señala el art. 21.2 LEC que podrá dictarse de inmediato un auto acogiendo las pretensiones allanadas, para lo cual será necesario, como expresamente se dice, que el demandante lo solicite y, también, que la conexión con las demás pretensiones no tenga carácter prejudicial, de tal manera que no prejuzgue la decisión sobre las demás cuestiones no allanadas.

De cualquier manera, el proceso ha de continuar respecto de las no allanadas, sin perjuicio de que el actor pueda ya acudir al proceso de ejecución, que no será de carácter provisional, pues de acuerdo con el art. 517 LEC y ss., este auto es un título de ejecución, a encuadrar en el número 3 de dicha norma, donde se hace referencia a la transacción y otros acuerdos logrados en el proceso.

Pero la inmediata ejecución y, con ello, la simplificación del procedimiento que pretende la ley con esta disposición, no será posible y el proceso deberá continuar, cuando el actor, recibido el traslado, no manifiesta o solicita que se dicte el auto que ha de recogerlo, que entonces sólo valdrá para ser tenido en cuenta por el juez en la sentencia que dicte tras finalizar el proceso.

---

<sup>10</sup> Sin embargo, como señala ORTELLS RAMOS (2003, p. 492), si se interpuso pretensión de condena a una cantidad líquida, y el demandado reconoce que debe, aunque no la cantidad que se pide, ello puede integrar un allanamiento total en el caso de que sea posible una sentencia de condena ilíquida, dejando para un incidente posterior la discusión sobre la cantidad debida.

<sup>11</sup> Naturalmente, el allanamiento a una pretensión accesoria sólo puede tener efecto cuando se estime la principal, o cuando se desestime la preferente, en el caso de la acumulación eventual.

Lo mismo sucede cuando juez entienda que se produce el efecto prejudicial, a la vista de la naturaleza de las pretensiones acumuladas, que no permiten un pronunciamiento separado.

*Artículo 22. Terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevénida de objeto. Caso especial de enervación del desahucio*

1. Cuando, por circunstancias sobrevénidas a la demanda y a la reconvencción, 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 reconveniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia al tribunal y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará, mediante auto, la terminación del proceso.

El auto de terminación del proceso tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme, sin que proceda condena en costas.

2. Si alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o con otros argumentos, el tribunal convocará a las partes a una comparecencia sobre ese único objeto, en el plazo de diez días.

Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el juicio, imponiéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada su pretensión.

3. Contra el auto que ordene la continuación del juicio no cabrá recurso alguno. Contra el que acuerde su terminación, cabrá recurso de apelación.

4. Los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando al arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos dos meses de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación.

Dos supuestos bien distintos aparecen regulados en el art. 22 LEC, sobre todo, por su diferente ámbito de aplicación ya que, mientras la llamada terminación por *satisfacción extraprocésal de la pretensión* es una institución que se regula por primera vez con este alcance general<sup>12</sup>, *la enervación del desahucio* es un supuesto tradicional pero especial, sólo con vigencia respecto de un juicio especial, e incluso no en todos los casos de desahucio.

Tienen en común todos los supuestos del art. 22 que se tratan, no de actos procesales, como los que se regulan en los anteriores artículos, sino más bien de acaecimientos, *circunstancias*

---

<sup>12</sup> Sin embargo, los hechos determinantes de la pérdida del interés en la tutela ya podían antes tener acceso al proceso mediante los otros modos de terminación y de modo indirecto, como el desistimiento, allanamiento, o transacción, o incluso como excepciones de fondo en la contestación a la demanda, previéndose ahora un cauce general para ello.



*sobrevenidas* fuera del proceso, pero que, dada su relación con lo que constituye el objeto de uno ya pendiente, ocurridas después de *la presentación de la demanda y de la reconvencción*, no pueden dejar de producir efectos procesales y provocan su finalización anticipada.

También la rúbrica de *pérdida del objeto procesal* del art. 22, aunque muy discutible, es aplicable a ambos supuestos. En este sentido, se propone que la enervación no sea figura exclusiva de la materia arrendaticia y podría también identificarse o aplicarse, en general, a todos los supuestos en que un acto del demandado supone que el proceso se quede sin objeto (DAMIÁN MORENO, 2000, p. 133, cita otro caso de enervación, el del art. 115.3 LSA, en este caso, enervación por subsanación).

#### *A) Satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto*

a) Supuestos: Estamos aquí ante una terminación del proceso que tiene su causa en que después de iniciado desaparece el interés legítimo en la tutela solicitada, al haberse satisfecho fuera de él la pretensión de actor o del demandado reconviniendo, o bien por la producción de un hecho que priva de fundamento a la tutela, como el fallecimiento del actor que pretendía un derecho personalísimo, usufructo art. 513.1 CC, o cuando la finca obtiene acceso a camino público, caso de una pretensión de servidumbre forzosa de paso.

Frente a otros supuestos posibles de satisfacción extraprocesal, de los que no se trata aquí, ya que están en otras sedes, como la transacción, en el caso del art. 22 se está refiriendo la ley primero al *cumplimiento extraprocesal* por el demandado de lo pedido en la demanda, simplemente porque paga voluntariamente, o porque se acuerda una compensación de deudas, o se paga por un tercero (art. 1158 CC).

Pero en el art. 21.1 se hace referencia también a *cualquier otra causa de desaparición del objeto*, con lo que hay que entender que se comprenden, además, supuestos diferentes del pago o cumplimiento, como el de *desaparición física* (art. 1156 CC) o *jurídica* de la cosa objeto de pretensión de entrega, o la mera *confusión de partes* que convierten en innecesario el proceso, caso de la fusión de las sociedades partes, o cuando una de ellas hereda a la otra, bien sea a título universal o particular en el bien que constituye el objeto del proceso. En general, por esta nueva vía podrán hacerse valer todas las causas de extinción de obligaciones del art. 1156 CC, que hasta ahora tenían acceso al proceso mediante otras formas de terminación, o por la vía de excepciones materiales del demandado en contestación.

Sin embargo, tal y como se ha señalado (DE LA OLIVA SANTOS, 2000, p. 445), en buena técnica jurídico-procesal no se advierte cómo pueda desaparecer el objeto del proceso, ni que dicha expresión se esté confundiendo con la *finalidad* del proceso o con la carencia de la cosa litigiosa en el sentido de objeto físico, debiendo, por lo tanto, entenderse que lo que se plantea aquí, lo relevante y común a todos estos supuestos, es si subsiste o no el *interés legítimo* que subyace en la pretensión de tutela, porque se haya producido una satisfacción procesal o por cualquier otra causa haya dejado de existir un interés legítimo en obtener una de las tutelas del art. 5.1 LEC.

Este interés es uno de los requisitos de la pretensión que, en la generalidad de los casos, pretensiones constitutivas o de condena, se presume, mientras que debe ser acreditado en otros, como en las meramente declarativas, en los que adquiere relevancia precisamente por faltar, como cuando circunstancias extraprocesales y sobrevenidas lo hacen desaparecer, a lo que se refiere también el art. 413 LEC (CORDÓN MORENO, 2001, p. 243).

Asimismo, en los casos de *muerte de la parte* sin que por su naturaleza proceda la sucesión procesal, porque el objeto es intransmisible o porque el fallecimiento extingue la situación litigiosa, como es el caso del proceso de incapacitación si fallece el demandado, o cualquiera de las partes en el de divorcio<sup>13</sup>, o en el de usufructo.

En tales casos, si el actor guarda silencio sobre la desaparición del objeto, se está arriesgando a que el demandado la alegue y pruebe, con lo que se acreditará su mala fe a efectos de costas, imposición de multa por incumplimiento de la buena fe procesal (art. 247 LEC) e, incluso, puesto que el precepto tiene carácter imperativo, hay que entender que se obliga a poner en conocimiento del juez, quien ya no tiene interés legítimo tiene el deber de manifestarlo, pues podría incurrir incluso en responsabilidades penales (DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 124), por ejemplo, por estafa procesal.

Por otra parte, en algunos de estos supuestos de desaparición del objeto procesal, la no necesidad de tutela judicial es *objetiva*, su existencia no depende de la voluntad de las partes, por lo que quizá sería adecuado que el juez *podiera plantearse de oficio* su concurrencia, en la medida en que se deduzca de los mismos autos o sea conocida, por notoria, la desaparición del interés legítimo (ORTELLS RAMOS, 2003, p. 516; DE LA OLIVA SANTOS, 2001, p. 124).

Para que tenga lugar la terminación del proceso ha de concurrir la satisfacción *total* de la pretensión o pérdida total de objeto procesal, debiendo existir en consecuencia *plena identidad* entre pretensión y hecho, acto o negocio jurídico que da origen a la terminación, que provoca una falta de legitimación activa o de interés jurídico en la tutela judicial inicialmente pretendida, como señala tanto el art. 22.1 como el art. 413.1 LEC. Caso contrario habrá que ir a la comparecencia prevista a continuación, en el art. 22.2.

b) Tiempo: Parece que, aplicando lo que se dispone en el art. 19.3, la satisfacción extraprocesal y la consiguiente pérdida de objeto *puede tener lugar en cualquier momento* de la instancia, de la ejecución o de los recursos, ya que la única exigencia es que se trate de causas sobrevenidas tras la demanda o la reconvencción.

---

<sup>13</sup> De todos modos, como señala ORTELLS RAMOS (2003, p. 518), la continuación del proceso puede ser necesaria, en ocasiones, en razón de ciertas consecuencias jurídicas de la decisión sobre el objeto, como en el caso del art. 835 CC.

En cualquier caso, ha de haberse *interpuesto ya la demanda*, pues según el art. 413 LEC, es el único caso de innovación en el estado de cosas o de personas origen de la demanda que hay que tener en cuenta a efectos de la sentencia.

c) Procedimiento: Puesto que se trata de un acto claramente bilateral, en el fondo presupone un acuerdo de voluntad de las partes, parece lógico que se instrumente mediante un *escrito* firmado por ambas o por sus Procuradores, que necesitarán un poder especial (art. 25.2.1<sup>o</sup>) y, con carácter *ad hoc*, por una de ellas, en cuyo caso será necesario dar traslado a la contraparte, que puede no otorgar su conformidad, sino sostener la subsistencia del interés legítimo en obtener la tutela pretendida, con lo que está negando que la satisfacción extraprocésal se haya producido. Así lo exige la propia ley cuando se refiere a que la satisfacción procesal o pérdida del interés *habrá de ponerse de manifiesto al Tribunal*, solicitud en la que parece conveniente hacer una exposición de la circunstancia sobrevenida que motiva la pérdida del interés y, además, acompañar de algún documento acreditativo.

Obedeciendo la satisfacción extraprocésal al poder de disposición, parece que no podrá nunca, con la salvedad antedicha, *ser decretada de oficio* y, si no se produce *la instancia de parte*, podrá solicitarse una suspensión (art. 19.4) y, si no se pide nada más, a fin de evitar que el proceso siga por el impulso de oficio (art. 179), y transcurridos los sesenta días al archivo provisional de autos y, en su día, declaración de caducidad, si transcurrieron los plazos del art. 237.1 LEC.

En el segundo caso, cuando no haya conformidad, se hace precisa *convocar una comparecencia*, a celebrar en el plazo de diez días, con ese único objeto, con el fin de debatir si se ha producido o no dicha satisfacción, terminada la cual el juez decidirá *mediante auto* si procede continuar el proceso o ponerle fin (art. 22.2).

En dicha comparecencia, pública y con asistencia del juez (arts. 137 y 138), y a celebrar conforme el art. 185, norma general de aplicación, parece que habrán de admitirse y practicarse todas las pruebas pertinentes sobre dicho objeto, pero habrá que tener cuidado en no prejuzgar el asunto al resolver.

Así, parece lo lógico que constatada la inexistencia del acuerdo entre las partes, sin más estudio, se ordene la continuación. De otra manera, se estará haciendo un perjuicio sobre el fondo del asunto y el esfuerzo tampoco va a valer la pena al juez. Lógicamente, será el demandante o el reconviniente el que tenga que negar motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o con otros argumentos, expresión ésta con la que se hace referencia a la desaparición del objeto procesal.

Lógicamente, el auto que ordena la continuación carece de recurso, pues podrá recurrirse contra la sentencia que le ponga fin, mientras que cabrá apelación contra el que ordena el archivo. Se trata de un auto definitivo (art. 22.3) aunque parece, según el art. 456.2, sin efectos suspensivos. Lo difícil será encontrar un caso en que exista el gravamen legitimador del recurso, puesto que se está operando sobre un acuerdo de partes. Pero hay que recordar que el auto poniendo fin puede

recaer sin conformidad sobre la desaparición del interés legítimo, por satisfacción o por otra causa, y renace entonces la posibilidad de recurso por parte de quien haya sostenido sin éxito su subsistencia.

En el primer caso, el proceso terminará de modo anormal o anticipado, al desaparecer su objeto, mediante un *auto* por el que se decreta el archivo, que tendrá los mismos efectos que una *sentencia absolutoria firme*, con lo que se está diciendo que es un acto de terminación de naturaleza material, con valor de sentencia de fondo desestimatoria y con efecto de cosa juzgada, al menos en sentido negativo, ya que el prejudicial o positivo difícilmente podrá entrar en juego dado el carácter absolutorio.

En este caso, no procede la condena en *costas*, por determinación del art. 22.1, lo cual parece discutible si no se distinguen las situaciones o momento en que tiene lugar la satisfacción extraprocesal o la pérdida del interés, debiendo quizás matizarse en función de estas diferencias y de la conducta del demandado (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, 2000, p. 196).

Por el contrario, cuando la terminación anticipada se produce tras la audiencia sobre la oposición de parte sobre la satisfacción o la carencia de interés, se impondrán las costas a quien viere rechazada su pretensión (art. 22.2.II LEC).

También el carácter de *firme* de este auto es discutible. Hay que entender que no procede recurso, pero esa posibilidad se vuelve a abrir si no se recoge el acuerdo correctamente, o por completo, o se va más allá de lo acordado por las partes.

### **B) Enervación**

Se regula aquí, en sede general, un supuesto especial de terminación por satisfacción extraprocesal de la pretensión, lo que resulta inadecuado si tenemos en cuenta que la enervación sólo va a encontrar aplicación en el juicio verbal especial, de desahucio por falta de pago de fincas urbanas<sup>14</sup>.

Ello es consecuencia de haberse derogado por la LEC las normas especiales de los arts. 38 a 40 LAU, al igual que las de la ley arrendaticia rústica, donde también se recogía la enervación, y también la LEC 1881, concretamente el art. 1563, donde desde antiguo se recogía la institución de la enervación, que se trae aquí manteniendo sus líneas en general, e incidiendo en la tendencia restrictiva o limitadora ya presente en las últimas reformas.

---

<sup>14</sup> Según GIMENO SENDRA (2004, p. 261), se trata de una imprecisión sistemática solo comprensible dentro de la política legislativa de disfrazar la vigencia de procesos especiales y sumarios, y de un supuesto que nada tendría que ver con la finalización anormal del procedimiento y sí con los efectos liberatorios del pago (art. 1156.1 CC), ante pretensiones de condena al pago de cantidad líquida.

En efecto, la enervación es un beneficio de raíz social, tendente a favorecer la posición del arrendatario que ha incurrido en impago de rentas, al que se le permite evitar la resolución del contrato y el lanzamiento de la finca si paga aun después de iniciado el proceso. Por eso, las leyes arrendaticias especiales, la urbana de 1964 y la rústica de 1980, la concebían de modo muy amplio, mientras que la LAU 1994 con la intención de liberalizar el mercado del alquiler la restringió enormemente, lo mismo que las últimas reformas del arrendamiento rústico.

Sin embargo, aunque la facultad de enervar en este art. 22 se limita a los arrendamientos de fincas urbanas, ha desaparecido, quizás inadvertidamente, la anterior limitación al arrendamiento de vivienda y finca habitable, con lo que parece ahora que podrá aplicarse la enervación a todo tipo de arrendamientos, tanto para vivienda como para usos distintos de vivienda, distinción de los arts. 2 y 3 LAU (incluso en los de industria, dice GARBERI LLOBREGAT, 2001, p. 331, lo que en nuestra opinión ya parece poco justificable dados los finalidades que se persiguen al menos originariamente con esta institución).

Desde otro punto de vista, la enervación del desahucio es una facultad del arrendatario para impedirlo pagando o consignando las cantidades debidas, en cuyo impago se sustenta la demanda, no siendo según algunos (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2001 p. 620), en sí misma una especialidad procesal, sino una figura sustantiva, que otorga una excepción material propia, un verdadero contraderecho frente a la acción del actor, ya que en realidad el arrendatario incumplió un contrato, dio lugar a una causa para la resolución y recuperación de la finca por el arrendador. Sin embargo la ley permite que en ciertos casos pueda hacer desaparecer sobrevenidamente ese incumplimiento o evitar sus consecuencias.

Pero también es una institución procesal, pues es un fenómeno que se produce iniciado ya el proceso, debiendo la ley procesal prever cómo se ha de llevar al mismo para que sea tenido en cuenta por el juez, su procedimiento.

a) Sujeto: En principio, según el art. 22, el pago o consignación tiene que hacerla el *arrendatario*, pero puede sostenerse que puede hacerlo *cualquier persona*, de acuerdo con la norma general del art. 1158 del CC, y como se permitía antes en el 147 LAU (en contra, PÉREZ CRUZ MARTÍN, p. 198), lo cual resulta especialmente delicado e importante en los casos del *cónyuge* del arrendatario en situaciones de crisis matrimonial, tratándose de la vivienda familiar, como señala la STC 135/1986, de 31 de octubre.

Fuera de estos casos, no conviene olvidar que una cosa es pagar y otra enervar, lo primero es sólo el presupuesto de lo segundo, y esto último lo podrá hacer únicamente el arrendatario demandado, pues no puede excluirse que sea de su interés pagar pero resolver el contrato, aunque lo normal sea pagar para enervar, por todo lo cual enervar solo le corresponde al arrendatario, cuya voluntad en el sentido enervatorio al menos deberá constar claramente para que sea válido el pago por tercero (GARNICA MARTÍN, 2000, p. 292).

Y hay que entender que estamos aquí ante el *arrendatario de finca urbana*, porque expresamente lo dice el art. 22.4, y porque el de finca rústica dispone de una regulación especial que viene a excluir la aplicación de estas normas, y no se distingue tampoco entre los arrendamientos sometidos a la ley especial y los excluidos de su aplicación, como sí se hacía anteriormente, por lo que pensamos que es aplicable a todos.

b) Pago: La enervación tiene como presupuesto el pago, lo que no se debe confundir con el acuerdo extrajudicial de que se pagará, que no puede producir el mismo efecto, y su objeto son las rentas u otras cantidades debidas por el arrendatario, que pone así fin de modo anticipado al proceso de desahucio, que queda vacío de contenido o sin objeto, al menos en la idea que ha tenido el legislador, al asimilarlo con la terminación anticipada, olvidando que su finalidad principal no es esa, sino la recuperación del inmueble arrendado y el lanzamiento.

El objeto del pago serán la totalidad de las cantidades reclamadas en la demanda, más las que se adeuden en el momento del pago enervador, como rentas, cantidades asimiladas, o cantidades cuyo pago haya asumido contractualmente el arrendatario, como los gastos de comunidad, arts. 20.1, 2, y 3 LAU, comprendiendo incluidas en la renta sus actualizaciones, o la elevada por mejoras, debiéndose entender en nuestra opinión, y dados los amplios términos en que se expresa la ley, que deben de entenderse comprendidas también la fianza, el I.V.A., el I.B.I., o cualquier otra que por disposición legal o contractual deba de satisfacer el arrendatario.

Tampoco se ha previsto en la nueva regulación, y deberá seguirse la solución adoptada en la práctica, de que cuando existan diferencias entre las cantidades reclamadas por el actor y las reconocidas por el arrendatario como debidas, el juicio de desahucio deberá continuar a pesar de la *consignación*, a la que deberá reconocerse entonces efectos de *pago* para las deudas reconocidas, y carácter *cautelar* para las que no se estimen debidas.

A tal efecto cualquiera de las partes puede solicitar la continuación del juicio para decidir si se ha considerar producida o no la enervación en la sentencia definitiva, lo cual obligará a entrar en una serie de cuestiones que no forman parte del objeto sumario del proceso, como la actualización correcta de la renta, o los gastos de comunidad, pero en las que solo podrá tratarse de sus aspectos formales, ya que no quedan amparadas por el efecto de cosa juzgada (GARNICA MARTÍN, 2000, p. 295).

c) Momento: El pago puede tener lugar en cualquier momento abierto el proceso pero, en todo caso, antes al de celebración de la vista del juicio verbal y a partir del momento de recepción de la citación para la vista del art. 440.1. De esta manera, se viene también a restringir el ámbito de la enervación, ya que anteriormente podía tener lugar hasta la fecha de notificación al arrendatario de la sentencia que no diera lugar a ulterior recurso (art. 147.1 LAU 1964), o al momento anterior al señalado para la celebración del juicio (art. 1563 LAU 1881) en su última redacción.

El momento final para realizar la consignación o pago debe interpretarse de modo flexible, de manera que no se debe impedir que se pague en el momento de iniciarse la vista o se comparezca

con el dinero en metálico en la Secretaría o sala de audiencia, sin haber hecho antes el trámite de consignación en la cuenta del Juzgado, debiendo entenderse bien hecha la consignación aunque no se acepte por el acreedor y darse unas horas para ir a hacer la consignación a la entidad bancaria concesionaria de dicha cuenta.

Se ha olvidado la ley de regular este tema para cuando se trate de una pretensión de desahucio acumuladamente ejercitada con la de reclamación de rentas, tenga que verse por los trámites del juicio ordinario, aceptando que permanecen vigentes en tal caso las especialidades del desahucio, lo lógico será entender que entonces el momento límite es el del final del plazo para contestar a la demanda (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, p. 621) y no el de la audiencia preliminar, ni mucho menos de la vista del ordinario, porque la finalidad de la norma es que se enerve antes de contestar.

d) Formas de pago: La satisfacción extraprosesal en forma de pago tanto puede tener lugar mediante la entrega de las cantidades de modo directo al actor en efectivo, contra la entrega de recibo, como mediante la puesta a disposición de la cantidad en depósito en la cuenta del juzgado, lógicamente el que está conociendo, mediante un expediente de consignación, o a través de su entrega por la vía o conducto notarial.

En tal sentido, téngase en cuenta que el pago puede hacerse tanto fuera como dentro del proceso, pero la enervación es siempre un acto procesal, debe pedirse en el proceso pendiente que se reconozca el efecto enervador al pago, de modo que lo que no hay nunca es enervación extrajudicial, pues si se paga y no se hace constar procesalmente como enervación, el arrendador por ejemplo desiste, no se podrá computar de cara a un nuevo intento de enervación posterior. Y para ello, aunque tampoco se haya previsto, habrá que dar audiencia al arrendatario, a fin de que conste su voluntad de enervación.

A los efectos de la enervación, no basta con *acreditar el envío de la cantidad*, por ejemplo mediante resguardo de giro postal o transferencia bancaria, sino que debe añadirse también *la prueba de su recepción por al arrendador*, pues el cumplimiento en las obligaciones bilaterales exige no sólo el acto de disposición patrimonial, sino también que el acreedor pueda disponer de lo transmitido, lo cual no siempre tiene lugar, en el mismo momento, debiendo el juez ponderar el comportamiento del arrendatario en orden a desarrollar la actividad necesaria y exigible para el pago a los efectos enervatorios y la necesaria satisfacción del derecho del arrendador a recuperar la posesión cuando no ha visto satisfecho su derecho a las rentas (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, 2000, p. 205).

e) Indicación en la demanda: En relación con la enervación, pero ya en sede del juicio verbal, y a propósito de la inadmisión de la demanda en casos especiales, el art. 439.3 LEC dispone que *no se admitirán las demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago (...) si el arrendador no indicare las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio*.

Parece obvio que estamos aquí ante un requisito de carácter subsanable en caso de omisión (en contra, CORDÓN MORENO, 2001, p. 247), que ya existía en la LEC anterior (art. 1563), tras la reforma introducida por la LAU 1994, y que impone un requisito de admisibilidad de la demanda, debiendo hacerse constar si considera que el arrendatario va a poder hacer uso de la enervación o no, con la finalidad si se reconoce, que luego no se pueda oponer, y sólo pueda discutir si se han pagado o no todas las rentas o cantidades que se dicen debidas.

En la situación anterior a la LEC 2000, la jurisprudencia de las Audiencias había establecido la posibilidad de sancionar al demandante por el incumplimiento de esta obligación, autorizando en ocasiones la enervación si mediaba el pago correspondiente, aún cuando no concurrieran los demás requisitos de la enervación. La nueva norma establece como única sanción la inadmisibilidad de la demanda, por lo que no parece aplicable dicha jurisprudencia (LUCES GIL, 2000, p. 875).

Esta indicación, que hay que entender aplicable al juicio ordinario por efectos de la acumulación, debiera ir acompañada de los *documentos* acreditativos de la concurrencia de las circunstancias que impidan, a juicio del actor, la enervación, pues el juez deberá tomar su decisión antes de la celebración del juicio y de la prueba.

f) Indicación en la citación: Si se ha hecho la anterior indicación en la citación, según el art. 440.3 LEC, en los desahucios de finca urbana por falta de pago, *el tribunal indicará, en su caso, en la citación para la vista, la posibilidad de enervar* conforme a lo establecido en el 22.4 de esta ley.

Ello quiere decir que el juez, a la vista de la indicación, alegaciones y documentación de la demanda, tiene que decidir, sin oír al demandado, si procede la enervación, aunque creemos que se trata de una decisión provisional, a los solos efectos de la citación para la vista o emplazamiento en el juicio ordinario y, en todo caso, con independencia de la posición adoptada por el juez, en la vista se podrá discutir por las partes la cuestión de la procedencia de la enervación, si el demandado la ha intentado realizar, y el juez debe decidir finalmente sobre ello en la sentencia, sin que venga vinculado, pudiendo modificar su decisión en un sentido u otro.

La redacción de este artículo parece sugerir que no sólo el actor, sino también el juez, debiera indicar las posibilidades de enervar, aún en el caso de incumplimiento u omisión por el primero de la indicación lo cual, sin embargo, parece contrario a las exigencias del principio dispositivo, aunque avalado por el matiz social que tiene la cuestión arrendaticia, pero debiera entonces consignarse claramente, ya que se trataría de una excepción.

Por otra parte, la expresión *en su caso* debe entenderse referida al conocimiento por parte del juez de los datos suficientes para hacer la indicación o a que la haya habido por el actor.

En cualquier caso, *si no se hizo indicación*, ni por actor ni por el juez, y se produce la consignación en plazo de lo reclamado, debiera recaer auto declarando la enervación, sin necesidad de audiencia al actor, pues si existía alguna circunstancia y no la alegó, ahora ya no podrá.



Por el contrario, *el juicio deberá continuar cuando haya discrepancias sobre si procede o no la enervación a la luz de las circunstancias indicadas, lo mismo que si las cantidades consignadas no son todas las que se indican en la demanda, debiendo el juez acordar la suspensión de la vista sólo cuando estime que está en situación de declarar la enervación.*

g) Allanamiento por incomparecencia: El art. 440.3 LEC antes citado señala igualmente que *también se apercibirá al demandado que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites.* Se trata de un caso especial en el que la rebeldía del demandado se hace equivalente al allanamiento a la demanda de manera que, si no comparece, el juez deberá dictar sentencia y decretar sin más el desahucio.

Esta regla se limita ahora al desahucio por falta de pago de las rentas, no se podrá aplicar a todos los desahucios como antes (arts. 1575-1578 LEC 1881) y, lo que es más importante, no se distingue el caso de que el demandado se encuentre en el lugar del juicio, o en ignorado paradero, o sin domicilio fijo, siendo precisa la tradicional segunda citación cuando el demandado sí se encontraba en el lugar del juicio, con apercibimiento de tenerlo por conforme con el desahucio si no comparecía. Parece una reforma acertada puesto que dicho apercibimiento se hace ya a la primera citación, pero ello obliga a extremar el cuidado de las prevenciones legales de la citación para asegurar el conocimiento efectivo y evitar al demandado pedir y, al juez, tener que conceder una posterior nulidad de actuaciones.

Hay que entender que, en los casos de acumulación de la pretensión de reclamación de rentas, el allanamiento por incomparecencia afecta sólo a la pretensión de desahucio, no a la de reclamación de rentas, por lo que procederá aplicar el art. 21.2 LEC sobre allanamiento parcial.

h) Resolución: La resolución que pondrá fin al proceso de desahucio tiene forma de *auto*, que tendrá los mismos efectos que una *sentencia absolutoria firme, con cosa juzgada*, y sin que proceda la condena en *costas*.

Así resulta del art. 22.1.II, ya que ahora no existe norma especial para el desahucio, como la del antiguo art. 149.3 LAU, pero el art. 22.2, para el caso de controversia y comparecencia sobre la terminación del proceso o satisfacción extraprocesal, prevé la imposición de costas a la parte cuya pretensión se hubiera rechazado, por lo que cabe pensar en la aplicación de dicha norma a la enervación, supuesto particular del art. 22.4, debiendo inclinarnos por la solución positiva, favorecida también por la aplicación analógica del art. 395.1 LEC a propósito de las costas en el allanamiento, que no las impone salvo casos de mala fe del demandado, a pesar de que el supuesto del n<sup>o</sup> 4 no tenga demasiado que ver con los anteriores del art. 22.

Por todo ello, debe concluirse que si la enervación se produce sin oposición o discusión por el actor, y sin que se aprecie mala fe por el juez, el auto declarando la terminación por enervación no impondrá las costas, mientras que si media oposición del demandante, el juez deberá resolver lo procedente, de acuerdo con el art. 394 y el principio del vencimiento objetivo (LUCES GIL, 2000).

i) Excepciones de la facultad de enervar: La enervación no podrá tener lugar cuando el arrendatario *ya hubiere hecho uso en una ocasión anterior* de esta posibilidad y vuelva, ahora, a producirse la situación de falta de pago. Se trata, con ello, de rechazar la conducta abusiva por reincidente del que impaga sus rentas y espera, con dolo o negligencia, a ser demandado para decidirse a pagar todo lo debido hasta ese momento.

Se produjo a raíz de la reforma de 1994 el problema, sobre el que tuvo que pronunciarse la jurisprudencia en muchas ocasiones, de si deben tenerse en cuenta las enervaciones anteriores a su entrada en vigor, que vino a modificar el art. 1563 LEC, pareciendo la solución negativa la más equilibrada y la que se aceptó mayoritariamente, ya que se trata de un sistema de enervación diferente, además de que, tratándose de una norma que viene a recortar derechos, debe interpretarse restrictivamente, pudiendo suponer el cómputo de las anteriores una interpretación retroactiva de la ley que, por su carecer excepcional, debía de haberse previsto expresamente.

Con anterioridad a la LAU 1994, la jurisprudencia de las Audiencias había venido estableciendo diversos criterios a fin de depurar, en cada caso, si había existido reiteración abusiva del beneficio de la enervación, declarándolo existente cuando el arrendatario consigna la renta siempre que es demandado, o que tres veces en breve espacio de tiempo es abuso de enervación, en suma, teniendo en cuenta el número de veces que se hacía uso de ella, el tiempo transcurrido entre una y otra, las mensualidades adeudadas, etc. (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, 2000, pp. 199-201).

Lo cierto es que estamos aquí ante otra manifestación más de la progresiva restricción de los beneficios del arrendatario y, también, de la discrecionalidad de los jueces, de la facultad de apreciar si en la reiteración de la enervación hay mala fe o abuso de derecho por el arrendatario, de modo que ahora va a producirse una denegación automática de la enervación, siendo preferible en nuestra opinión (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, 2000, p. 202), dejar un margen a la discrecionalidad del juez para apreciar la buena fe del arrendatario en el evento del impago y las posibles causas que la puedan explicar o justificar en el caso concreto, pues no siempre el que no paga lo hace de mala fe, teniendo también mucho que ver en la práctica el impago con determinadas conductas o discrepancias con el arrendador, sobre elevaciones no pacíficas de renta, cargo de determinados gastos, forma o lugar del pago, etc.

No debiera perderse de vista al considerar todas estas situaciones la trascendencia que la nueva ley procesal civil otorga al comportamiento procesal con arreglo a la exigencias de la buena fe, además de que estamos ante un proceso en el que se ven implicados el derecho a la vivienda e incluso al trabajo.

En segundo lugar, también se excluye la enervación cuando, *requerido el arrendatario de pago fehacientemente con al menos dos meses* de antelación a la presentación de la demanda, no se hubiese efectuado el pago al tiempo de dicha presentación (art. 22.4.II LEC, redacción de 2003). Esta es la última, o penúltima, pues ahora se está hablando en la prensa mucho de los llamados *desahucios expres*, sin que se sepa muy bien de qué se trata, reforma del desahucio que, so pretexto de

liberalizar el mercado de alquileres, va privando de la mayor parte de los derechos que la legislación anterior, preconstitucional por cierto, había concedido a los arrendatarios.

Al igual que en el caso anterior, se pretende con esta excepción evitar la conducta dolosa o negligente en el pago por el arrendatario que, pese a haber sido requerido, no paga hasta el día en que es demandado y citado para la vista oral.

Se necesita, para que se produzca esta segunda excepción, que se haya producido un requerimiento de pago por algún medio que deje constancia de su realización, conducto notarial, correo certificado con acuse de recibo, etc., de manera que se pueda acreditar que ha llegado al conocimiento real o efectivo del arrendatario o que su falta de recepción es imputable a él mismo, novedad que hay que juzgar muy favorablemente en el designio de evitar problemas ya que, hasta la nueva ley del 2000, no se exigía que fuera fehacientemente.

Además, han de haber transcurrido ahora dos meses, plazo de cómputo civil no procesal, a contar desde el día siguiente al de recepción del requerimiento, hasta el de presentación de la demanda, durante los cuales el arrendatario ha debido de persistir en el incumplimiento de pagar, no debiéndose entender que el impago de dos meses consagra la imposibilidad de enervar, sino que son esos dos meses durante los cuales el arrendatario puede pagar las cantidades adeudadas, una vez recibido el requerimiento, y que hay que esperar para interponer la demanda.

*Tabla de sentencias citadas***Tribunal Constitucional**

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC 20.10.1986	RTC 1986\119	Antonio Truyol Serra	Gobierno c. Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña
STC 31.10.1986	RTC 1986\135	Carlos de la Vega Benayas	Carmen c. Juan Jesús

**Tribunal Supremo**

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 20.10.1981	1 <sup>a</sup> , RJ 3812	Antonio Sánchez Jáuregui	Guillermo c. Juan, Jaime e Ignacio
STS, 6.11.1993	1 <sup>a</sup> , RJ 8618	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Julio y otros c. "Teczone Española, S.A." e "Inmobiliaria Flavia, S.A."
STS, 8.11.1995	1 <sup>a</sup> , RJ 8115	Alfonso Villagómez Rodil	"Comunidad de Propietarios del Edificio Bahamas" c. Edificio Bahamas II Fase
STS, 30.7.1996	1 <sup>a</sup> , RJ 6079	Alfonso Villagómez Rodil	"Hermanos Esteban Longares, S.L." c. Francisco, Antonio y "Pionner Concrete Hispania, S.A."
STS, 30.9.1996	1 <sup>a</sup> , RJ 6821	Alfonso Villagómez Redil	Tomás c. Manuel y otros
STS, 11.11.1996	1 <sup>a</sup> , RJ 7916	Jesús Marina Martínez-Pardo	José Luia y Juana c. Vidal y otros
STS, 1 <sup>a</sup> , 5.4.1997	RJ 2640	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Esther c. "El Porvenir, S.A."
STS, 13.10.1997	1 <sup>a</sup> , RJ 7073	Román García Varela	Enrique c. Francisco
STS, 29.7.1998	1 <sup>a</sup> , RJ 6452	Román García Varela	"Plafri, S.A." c. "Master Design, S.A."
STS, 30.1.1999	1 <sup>a</sup> , RJ 635	Pedro González Poveda	Comunidad de Propietarios "Villa Riviera" c. "Marines Racons, S.A."
STS, 25.5.1999	1 <sup>a</sup> , RJ 3929	Francisco Morales Morales	"El Rocío de Otur, S.L." c. "Hércules Hispano, S.A."
STS, 19.7.2000	1 <sup>a</sup> , RJ 6816	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	Mercedes y hermanos c. "Uribitarte, S.A."
STS, 20.2.2001	1 <sup>a</sup> , RJ 2238	Antonio Romero Lorenzo	Ignacio c. Ramón
STS, 16.3.2001	1 <sup>a</sup> , RJ 3199	Pedro González Poveda	Joaquín e Isabel c. Raimundo, Antonio, María Carmen, M <sup>a</sup> Pilar y María de los Ángeles
STS, 20.4.2001	1 <sup>a</sup> , RJ 5284	José de Asís Garrote	Marta c. "Silex Media, S.L.", "Ediciones Zeta, S.A." y Francisco
STS, 10.7.2002	1 <sup>a</sup> , RJ 5908	Francisco Marín Castán	"Voladuras Controladas, S.A." c. Ciriaca Milagros y otros
STS, 2.12.2002	1 <sup>a</sup> , RJ 10706	Jesús Corbal Fernández	Juan Carlos c. Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales
STS, 26.12.2002	1 <sup>a</sup> , RJ 328	Francisco Marín Castán	Alfonso y Carlos c. Francisco Javier y Alejandro

STS, 15.1.2003	1 <sup>a</sup> , RJ 1236	Alfonso Villagómez Rodil	Beatriz c. Luis Manuel
STS, 27.1.2003	1 <sup>a</sup> , RJ 1137	Jesús Corbal Fernández	"Royaldi, S.L." c. "Philips Ibérica, S.A."
STS, 31.12.2003	1 <sup>a</sup> , RJ 368	Román García Varela	"Real Club Celta de Vigo, SAD" c. "Real Valladolid, SAD"
STS, 1 <sup>a</sup> , 4.3.2004	RJ 1805	Jesús Corbal Fernández	"Puig y Font, S.A." c. "J. Espona, S.A."
STS, 30.1.2004	1 <sup>a</sup> , RJ 441	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	Francisco, Julián, Ariadna, Juan Pedro, "González Olsen, S.L.", "Princesa Valverde, S.L.", "Prurba, S.L." y "Promociones Cruz del Cura, S.L." c. "Servicios y Planificación Inmobiliaria, S.L."

### Audiencias Provinciales

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Jaén 19.1.1999	AC 122	Fernando Bermúdez de la Fuente	Vicente c. "Previaasa Seguros y Reaseguros, S.A." (PREVIASA)
SAP Valencia 17.4.2003	JUR 2003\150794	José Luis Vera Llorens	Jesús Carlos y Carlos José c. Jesús Ángel
SAP Murcia 5.6.2003	JUR 2003\274782	Cayetano Blasco Ramón	Inés c. Miguel
SAP Baleares 3.3.2005	JUR 2005\90538	Juana María Gelabert Ferragut	"Balear Toldo y Aluminio, S.L." c. "L'Illa de Complements, S.L."
AAP de Madrid 18.3.2005	JUR 2005\107656	José Zarzuelo Descalzo	"Grupo Inmobiliaria Riajasa S.A." c. "Tecnologías Eléctricas TecnoCom S.A."
SAP Valencia 12.4.2005	JUR 2005\129978	Enrique Emilio Vives Reus	José Daniel c. "Juan Carbonell S.L." y "Somgas Levante, S.L."

## ***Bibliografía***

Teresa ARMENTA DEU (2002), *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Pons, Madrid.

Silvia BARONA VILAR (2001), *El proceso civil*, (coord. ESCRIBANO MORA), Libro I, Valencia.

----- (2004), *Derecho Jurisdiccional, t. II, Proceso Civil*, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, Ed. Tirant lo Blanch, 13<sup>a</sup> ed., Valencia.

Piero CALAMANDREI (1943), *Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova.

Francesco CARNELUTTI (1971), *Derecho procesal civil y penal I* (traducción de SENTIS MELENDO), Buenos Aires.

Faustino CORDÓN MORENO (2001), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Elcano Aranzadi, Navarra.

Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ (con MORENO CATENA) (2004), *Derecho procesal civil. Parte general*, Valencia.

Juan DAMIÁN MORENO (2000), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Coord., t. II, Ed. Tecnos, Madrid.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2001), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, (con DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ), Madrid.

José Antonio DÍAZ CABIALE (1996), *Principios de aportación de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada.

Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001), *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*, con DE LA OLIVA SANTOS, A., Ed. C.E.R.A., 2<sup>a</sup> ed., Madrid.

Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1950), *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, Barcelona.

José GARBERI LLOBREGAT (2001), *Los procesos civiles*, Barcelona.

Juan F. GARNICA MARTÍN (2000), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona.

Vicente GIMENO SENDRA (2004), *Derecho Procesal Civil, t. 1, El proceso de declaración, Parte General*, Ed. Colex, Madrid.

Jaime GUASP DELGADO (1996), "Juez y hechos en el proceso civil", en *Estudios jurídicos*, Madrid.

Francisco LUCES GIL (2000), *Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Marina MARTÍNEZ-PARDO y Loscertales FUERTES, Coords., Sepin, Madrid.

Manuel ORTELLS RAMOS (2003), *Derecho procesal civil*, Navarra.

Agustín PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2000), *Instituciones del nuevo proceso civil, Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Coord. ALONSO-CUEVILLAS y SAYROL, vol. I, Ed. Difusión Economist & Jurist, Barcelona.

Enrico REDENTI (1957), *Derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires.

# Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil

La postulación procesal: Arts. 23 a 30 LEC

Víctor Moreno Catena

Facultad de Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

305



## Sumario

1. La postulación técnica
2. La representación procesal
3. La defensa técnica
4. Artículo 23 LEC
  - 4.1. La comparecencia preceptiva por medio del procurador. Regla general
  - 4.2. Excepciones
  - 4.3. La comparecencia en ejecución forzosa
5. Artículo 24 LEC
  - 5.1. El poder
  - 5.2. Modos de otorgamiento del poder
    - a) La escritura pública
    - b) El otorgamiento *apud acta*
    - c) La designación de oficio
  - 5.3. Presentación del poder
6. Artículo 25 LEC
  - 6.1. El poder general para pleitos
    - a) Ámbito
    - b) Exclusiones
  - 6.2. Poder especial. Supuestos: actos de disposición, actos excluidos del poder general y otros casos
  - 6.3. Actos personales de la parte
7. Artículo 26 LEC
  - 7.1. Aceptación del poder
  - 7.2. Representación activa del procurador
    - a) Actuación procesal
    - b) Relaciones con su poderdante y con el abogado
    - c) Relaciones con las otras partes
    - d) Comunicación al tribunal de la imposibilidad de actuar
    - e) Pago de gastos
8. Artículo 27 LEC: las normas del contrato de mandato como derecho supletorio
9. Artículo 28 LEC
  - 9.1. La representación pasiva
    - a) Recepción de comunicaciones del órgano judicial
    - b) Recepción de traslados de las demás partes
  - 9.2. El servicio colegial de notificaciones a procuradores
  - 9.3. La comunicación directa a la parte
10. Artículo 29 LEC
  - 10.1. La provisión de fondos al procurador
  - 10.2. El procedimiento para obtener los fondos
    - a) Concepto y presupuestos
    - b) Legitimación

- c) Solicitud
- d) Audiencia al poderdante
- e) Resolución

11. Artículo 30 LEC

11.1. Concepto

11.2. La revocación del poder

11.3. La renuncia voluntaria o el cese en la profesión

11.4. La suspensión en el ejercicio de la profesión

11.5. Fallecimiento de la parte

11.6. Fallecimiento del procurador

11.7. Finalización del proceso

11.8. Los cambios en los representantes de las personas jurídicas

12. Tabla de sentencias citadas

## *1. La postulación técnica*

Las actuaciones procesales, como vía para resolver conflictos jurídicos, exigen determinados conocimientos especializados con la finalidad de plantear adecuadamente al órgano judicial la posición de cada una de las partes en el proceso. Por tanto, para abrir un proceso no basta con la simple afirmación de la titularidad de un derecho, considerando que así se ha presentado una demanda; el acto procesal en que la demanda consiste debe hacerse con una exposición jurídicamente comprensible de los hechos, y fundada en normas de derecho, puesto que los tribunales sólo pueden y deben resolver aquellos conflictos de contenido jurídico que surjan en torno a los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos cuando se afirme que han sido negados, discutidos o vulnerados.

En general, todas las actuaciones procesales no sólo han de realizarse con respeto al principio de legalidad, sino que también necesitan manifestarse con una precisa concepción y exposición técnico-jurídica, en beneficio sin duda del propio litigante, que sólo de esa manera podrá obtener la tutela jurisdiccional que postula en el proceso; pero además, de ese modo, se dará a conocer a la parte contraria el sentido y fin del proceso que se inicia frente a ella, y se le garantiza su derecho a la contradicción y a la defensa; finalmente, todo ello le permite al órgano judicial saber sobre qué tiene que pronunciarse, y así llegue a dictar la resolución más justa.

Por tanto, con carácter general, la ley no considera suficiente que un sujeto tenga reconocida capacidad para ser parte y capacidad procesal para permitirle una intervención directa y personal en las actuaciones procesales. Es preciso todavía que concurra un ulterior presupuesto para la válida actuación material en el proceso, al que se denomina capacidad de postulación o, más sencillamente, postulación. La postulación alude a la pericia técnica que se considera indispensable para obtener con garantías la tutela de los derechos en el proceso y, cuando el litigante carece de ella, es preciso suplirla para que esa circunstancia no se convierta en un valladar infranqueable.

En la base de esta exigencia legal se encuentra la consideración de que, si la parte no se hace asistir por profesionales del derecho, las actuaciones judiciales podrían carecer del más elemental sentido jurídico, y la oficina judicial se llegaría a convertir en una suerte de consultorio o de oficina de ayuda jurídica, dedicado a aconsejar o ilustrar a los ciudadanos acerca del modo de plantear sus demandas, debiendo el Juzgado suplir las deficiencias de conocimientos jurídicos y de exposición en derecho de las respectivas posiciones y actuaciones de las partes.

Por todo ello, presentar los escritos, dirigirse oralmente al tribunal, interrogar a la otra parte o preguntar a los testigos, o presentar las conclusiones, debe hacerse en debida forma, con el fin de permitir un regular desarrollo de las actuaciones procesales y de la dialéctica del proceso, y lograr así más fácilmente una resolución judicial fundada en derecho que solvente el litigio.

Con este fin, en el derecho español perviven dos profesionales libres, a quienes se atribuye en exclusiva el *ius postulandi*: los abogados y los procuradores. En este punto, se ha seguido en España una evolución distinta de la conocida en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, donde se ha producido la desaparición de los representantes de las partes o, por mejor decir, los abogados asumen también el papel de la representación procesal.

Por consiguiente, se mantiene en España la tradicional dualidad de profesiones: por una parte, el director técnico del proceso, que aconseja jurídicamente a la parte, elabora con ella la estrategia procesal y le defiende en derecho, dirigiendo con su intervención la actividad procesal de su cliente (el abogado); por otra parte, el representante procesal, que actúa e interviene ante el órgano judicial en nombre y por cuenta de la parte, presentando las peticiones y recibiendo las comunicaciones del tribunal y de las demás partes (el procurador).

De todos modos, tanto el procurador como el abogado intervienen en el proceso en nombre y en defensa de la parte, que es el *dominus litis* y, de ningún modo, se puede calificar a estos profesionales, como con frecuencia se hace, de colaboradores de la Administración de Justicia, aunque su quehacer se realice en esta órbita. Esta idea goza de algún respaldo normativo, pues en el art. 3.2 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales (aprobado por RD 1281/2002, de 5 de diciembre; BOE nº 305, de 21.12.2002) se refiere a ellos como “cooperadores de la Administración de Justicia”; y el art. 30 del Estatuto General de la Abogacía (aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio; BOE nº 654, 10.7.2001), dispone que “el deber fundamental del abogado, como partícipe de la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar con ella”.

Esta orientación no puede sostenerse, puesto que aun admitiendo que la actuación procesal de abogados y procuradores facilite el funcionamiento de la justicia, no los mueve un afán de colaboración, sino la mejor defensa de los derechos e intereses de su representado y defendido, cumpliendo desde luego las disposiciones legales, porque si pretendieran otra cosa estarían traicionando lo que el sistema jurídico espera de ellos.

## ***2. La representación procesal***

El procurador, como representante de la parte, es el profesional a quien se confían las actuaciones procesales que deban realizarse en nombre de su representado, y su posición jurídica se asemeja a la del mandatario (el art. 27 de la LEC dispone la aplicación supletoria de las normas que regulan el contrato de mandato en la legislación civil).

Es una profesión libre, para lo que se precisa la mayoría de edad, la ciudadanía española o de un Estado de la Unión Europea y, además, haber obtenido el título de Procurador que expide el Ministerio de Justicia (art. 8 EGPT). Para el ejercicio de esta profesión se requiere, además, la inscripción en un Colegio, constituir fianza, no estar incurso en causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición, carecer de antecedentes penales y prestar juramento o promesa

de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento ante los órganos judiciales donde se proponga ejercer o ante la Junta de Gobierno del Colegio (arts. 9 y 10 EGPT).

El art. 8.c) del EGPT exigía como requisito para ser procurador estar en posesión del título de Licenciado en Derecho, títulos extranjeros homologados o títulos reconocidos que faculten para el ejercicio de la procura en los Estados miembros de la Unión Europea.

Sin embargo, la STS, 3ª, 17.6.2005, ha entendido que toda vez que “las normas con rango de ley que regulan el ejercicio de la función de procurador, no contemplan como requisito para el ejercicio de la misma el hallarse en posesión del título de licenciado en derecho, debe concluirse que el art. 8.c) del Estatuto General de los Procuradores aprobado por Real Decreto 1281/2002, no es respetuoso con el principio de reserva de ley”, y como no se exige “por ninguna ley formal emanada del poder legislativo, la titulación de licenciado en derecho para el ejercicio de la función de procurador, el art. 8.c) del Estatuto vulnera el principio de reserva de ley, pues no puede imponer este un requisito que no imponía la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente al publicarse el mismo, aspecto que se reafirma por el hecho de que la Ley Orgánica 19/2003 al reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial, con posterioridad al Real Decreto 1281/2002, de 5 de Diciembre hoy impugnado, tampoco ha incluido en su art. 543 al regular a "los procuradores" la necesidad de título de licenciado en derecho, a diferencia de lo que hace en su art. 542 para los abogados”, por lo que se declara la nulidad del referido precepto y, consecuentemente, para el ejercicio de la profesión de procurador no se requiere por el momento el título de Licenciado en Derecho.

Como parece lógico exigir un requisito de titulación, es decir, conocimientos jurídicos para el ejercicio de la procura, hay que esperar que en fechas próximas se podrá subsanar el defecto apreciado por el Tribunal Supremo, de modo que una norma con rango de ley, como puede ser la Ley de acceso a la profesión de abogado y procurador, introduzca la aludida exigencia. De todos modos, si esto no ocurriera y los Colegios de Procuradores se vieran en la necesidad de incorporar como ejercientes a personas que carezcan de una suficiente preparación jurídica, la profesión de procurador, al menos como ha venido siendo concebida, se encuentra herida de muerte.

Es verdad que hasta los años 70 no se exigía para los procuradores el título de Licenciado en Derecho, pero al menos su competencia jurídica se pretendía salvar con un examen de ingreso. Ahora ha desaparecido una de sus señas de identidad más importantes, la titulación en derecho y, por tanto, la garantía de unos conocimientos jurídicos mínimos, que han estado tradicionalmente vinculados a la encomienda legal para suplir la falta de postulación de las partes procesales; si falta esa preparación y el procurador no puede añadir un plus de responsabilidad jurídica y de técnica en derecho al desempeño de las actuaciones procesales que le encomienda la ley, en realidad se estaría definitivamente convirtiendo en un puro correo del abogado y de la parte; y es claro que ese solo cometido no justifica la exigencia legal de la intervención de este profesional, puesto que su papel lo puede desempeñar, con el mismo éxito y

menos coste, los propios abogados o cualquier otra persona designada por el litigante para que actúe en su nombre.

La representación del procurador supone la actuación de un profesional en nombre de una de las partes del proceso, ante el órgano judicial, teniendo su intervención un contenido que, en principio, viene fijado por la ley procesal, la cual señala al propio tiempo las facultades que son propias de esta especial representación.

La dificultad que una persona del todo ajena a la Administración de Justicia tendría para desenvolverse en las oficinas judiciales, unida al tradicional distanciamiento del aparato judicial de aquellos a quienes tienen que servir, junto con el desconocimiento de los instrumentos jurídicos y del tiempo que es preciso emplear para realizar las gestiones judiciales, han sido los factores fundamentales que han permitido mantener en nuestro sistema la figura del procurador, que comenzó siendo el eje fundamental del proceso, en la medida en que encarnaba, con los conocimientos esenciales de la práctica de los tribunales, a la parte procesal. Esas circunstancias mantuvieron viva por siglos la figura del procurador.

Con todo, las funciones encomendadas al representante de la parte se han visto considerablemente reforzadas en la LEC. Manteniendo las clásicas funciones de representación pasiva y activa, el procurador se ve potenciado con nuevos deberes, como el traslado de las copias de escritos y documentos a los procuradores de las demás partes personadas (arts. 135.6 y 276).

Por su parte, a los Colegios de Procuradores, además de exigirle la organización de servicios de notificaciones a sus colegiados (arts. 151.2 y 154.1), se les habilita para organizar los oportunos servicios y convertirse en depositario de los bienes embargados (art. 626.4).

### ***3. La defensa técnica***

El abogado es el defensor técnico, quien asiste técnicamente al litigante para poner en práctica la estrategia que mejores frutos reporte en la protección de los legítimos derechos e intereses de su patrocinado.

La abogacía es una profesión libre, para cuyo ejercicio se precisa la mayoría de edad, la ciudadanía de un Estado de la Unión Europea, la titulación en derecho español, y la pertenencia a un Colegio de Abogados, que viene regulada por el Estatuto general de la abogacía, aprobado por el RD 658/2001.

La asistencia del abogado supone la intervención ante los órganos judiciales de un técnico en derecho junto al litigante, diseñando previamente con él la estrategia de la mejor defensa de sus derechos y ejecutando en el ejercicio de su profesión las actuaciones precisas en beneficio de su cliente.

La necesidad de contar con conocimientos especializados y con experiencia para articular eficazmente toda la actividad que mejor conduzca a la tutela de los derechos de una de las partes han exigido desde siempre que la Administración de Justicia tenga que contar con profesionales que planteen ante la autoridad judicial el conflicto jurídico, proporcionándole las dos visiones contrapuestas que le permitan, a la vista del desarrollo del proceso, adoptar una decisión definitiva sobre el litigio.

Las funciones del abogado se resumen en el art. 9.1 EGA, cuando dice que son abogados quienes se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados.

#### **4. Artículo 23 LEC**

##### **Artículo 23. Intervención de Procurador.**

- 1. La comparecencia en juicio será por medio de Procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio.**
- 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán los litigantes comparecer por sí mismos:**
  - 1º. En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta mil pesetas y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley.**
  - 2º. En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas.**
  - 3º. En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio.**

##### **4.1. La comparecencia preceptiva por medio del procurador. Regla general**

La exigencia de la comparecencia y actuación en juicio por medio de un representante técnico, de un procurador, se establece en nuestro ordenamiento jurídico sin ninguna consideración acerca de la pericia de la parte, de modo que los conocimientos jurídicos que podrían habilitar al litigante para desarrollar con fluidez el diálogo con el juez y con el litigante contrario que implica el proceso, no son tenidos en cuenta, sino la titulación de procurador, pues sólo se pueden habilitar como procuradores los colegiados no ejercientes, pero no está previsto de ninguna otra persona (art. 20).

La regla general, pues, es que la comparecencia se haga por medio de procurador legalmente habilitado, salvo en los supuestos en que la parte pueda comparecer por sí misma, y no por ninguna otra persona o profesional, pues en el proceso civil no se prevén las excepciones de comparecer por medio de los graduados sociales como sucede en los procedimientos laborales y de seguridad social (art. 440.3 LOPJ).

La habilitación del procurador ha de ser precisamente para actuar ante el tribunal que conozca del juicio, aunque eso no le permite intervenir en la práctica de diligencias o actuaciones que deban realizarse fuera de su ámbito territorial, como la propia LEC previene para la cumplimentación de los actos de auxilio judicial, en cuyo caso sólo lo puede hacer un procurador habilitado para actuar ante el tribunal que deba prestar el auxilio (art. 172.2 y 3).

Precisamente, la norma que ahora se comenta está comprendida en el Libro primero de la LEC, que se rubrica como “De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles”, con lo que es clara su vocación de aplicabilidad, no sólo a cualquier actuación que se haya de realizar ante los tribunales del orden civil, sino incluso de forma supletoria a las que se deban llevar a cabo ante los tribunales de cualquier otro orden jurisdiccional, por el propio carácter supletorio que la LEC se atribuye (art. 4).

Así pues, en todos los procesos, ordinarios o especiales, que no estén exceptuados por la propia LEC, o en leyes especiales, es necesario comparecer por medio de procurador.

#### 4.2. Excepciones

Es claro que los conflictos que se sustancian ante los tribunales civiles presentan una enorme diversidad, tanto si se atiende a la facilidad para poder exponer los términos del propio litigio y plantear la resolución que se espera, como si se tiene en cuenta la trascendencia económica del conflicto. Precisamente esa facilidad o dificultad para la comprensión y resolución de los procesos es lo que ha llevado al legislador a implantar dos modelos de juicios declarativos, el proceso ordinario y el juicio verbal.

También en lo que hace a la representación obligatoria la LEC, partiendo de la simplicidad del conflicto y su escasa relevancia, exceptiona en algunos procesos y actuaciones el presupuesto de la postulación del procurador, y permite la intervención personal del litigante ante el tribunal para la defensa de sus derechos e intereses, aunque carezca de conocimientos jurídicos.

Así pues, los litigantes pueden comparecer y actuar por sí mismos, sin la representación del procurador, solamente en los siguientes supuestos:

- a) En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de novecientos euros (art. 23.2.1º).

Esta primera excepción legal, que autoriza al litigante para comparecer sin procurador, podría entenderse que comprende todos los juicios verbales, cualquiera que sea la razón por la que la pretensión se sustancie por este procedimiento, siempre que la cuantía no exceda de los 900 €.

Sin embargo, no parece posible sostener esa interpretación. En primer lugar, porque la LEC previene que se sustancien por las normas del juicio verbal dos grandes grupos de pretensiones: unas, con independencia de la cuantía, es decir, atendiendo exclusivamente a la materia del litigio, enumeradas en el art. 250.1; otras, en razón de la cuantía, comprendidas en el art. 250.2. En segundo lugar, porque precisamente esa cantidad, que exceptiona según el art. 23 de la



preceptiva comparecencia por procurador, es la que aparece en el art. 437.2 para determinar los juicios verbales en los que se pueden utilizar impresos normalizados de demandas, lo que indica que el propio litigante es quien cumplimenta el impreso y lo presenta, y eso excluiría la actuación de profesionales del derecho; es decir, se trataría sólo de procesos sobre reclamaciones de cantidad, pero no demandas de otras materias cuyo valor o cuantía no exceda de la aludida. En tercer lugar, en este mismo sentido, la propia LEC así lo expresa precisamente cuando en las actuaciones previas a la vista en procesos sobre venta a plazos o arrendamiento financiero a los que se refiere el art. 250.1.10 y 250.1.11, en que lógicamente se estará reclamando una cantidad de dinero al comprador, alude a que el demandado se persone por medio de procurador (art. 441.4.II).

Por tanto, parece que la norma alude exclusivamente a las pretensiones que se sustancian por los cauces del juicio verbal, y precisamente por razón de la cuantía, para decidir todas las pretensiones que siguen los trámites del juicio verbal por razón de la materia, cualquiera que fuera la cuantía litigiosa, exigen que las partes comparezcan representadas por un procurador.

Esta excepción, dado que no se especifica nada en la LEC, debe alcanzar no sólo a la primera instancia, sino que la comparecencia y actuación del litigante por sí mismo en estos juicios verbales debe comprender también a los recursos que se interpongan.

b) Para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en la LEC (art. 23.2.1º).

Se fundamenta esta excepción en las mismas razones que las expuestas para el juicio verbal; aquí permite la LEC que el solicitante en los procesos monitorios, para la sola presentación de la solicitud inicial, lo haga sin necesidad de hacerse representar por procurador, como se reitera en las normas reguladoras de este proceso especial (art. 814.2).

Ciertamente que para la actuación material de presentar la solicitud no resulta imprescindible la presencia de un profesional técnico, sobre todo cuando en el proceso monitorio se pretende proporcionar un medio simplificado de protección del crédito, que en la mayoría de los casos se decidirá a base de la sola solicitud porque no comparezca el demandado. Precisamente en aras de facilitar la intervención, la LEC también en estos casos permite la utilización de formularios o impresos que faciliten el cumplimiento de los requisitos exigidos (art. 814.1).

La excepción a la intervención obligatoria de procurador se establece con independencia de la cuantía reclamada, que en el proceso monitorio puede ascender hasta los 30.000 €.

Admitida la petición, cualquier actuación por parte del deudor debe llevar inexorablemente unida la intervención del procurador; sin embargo, no es posible aplicar esa regla a todos los casos y, al menos para que el deudor atienda el requerimiento y efectivamente pague en el plazo concedido (art. 817), no resulta necesario que esté representado por procurador.

Otra cosa sería la justificación de un pago que no resulte precisamente del estricto cumplimiento del requerimiento judicial pues, en ese caso, se habría de formular oposición, sin que fuera admisible la simple presentación de un recibo o resguardo acreditativo del pago por comparecencia personal de la parte.

Con la comparecencia para oponerse, y con la formulación de la oposición, se pone fin al proceso monitorio, sin perjuicio de aguardar en el caso del proceso ordinario la formulación de la demanda por el peticionario; así pues, en adelante han de seguirse por las normas del juicio que corresponda en razón de la cuantía. Por ello, el escrito de oposición, a diferencia de lo que puede parecer a la vista del art. 23.1.2.1º, se habrá de presentar por medio de procurador sólo si por razón de la cuantía su intervención fuera necesaria, de donde si lo reclamado no excediera de 900 € el escrito de oposición puede presentarlo personalmente el reclamado.

c) En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas (art. 23.2.2º).

Se trata de una tradicional excepción, ya contenida en el art. 4.3 de la LEC de 1881, desde su primitiva redacción, que se justifica, con mucha más razón que la norma del apartado anterior, en la medida en que la simple comunicación de créditos y la formulación de alegaciones (art. 184.3 Ley concursal), o de los títulos de derechos en los procedimientos sucesorios, no pone en juego el derecho del acreedor; tampoco se justificaría exigir, por su propia naturaleza, que los acreedores tuvieran que concurrir a las juntas con la representación de un procurador (el art. 184.3 Ley concursal, excepciona de la comparecencia en forma la facultad de asistir e intervenir en la junta), y lo propio sucede con el examen de documentos o informes que obren en autos, que pueden realizar directamente los interesados (art. 185 Ley concursal).

d) En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita (art. 23.2.3º).

La LAJG (art. 20.II) únicamente alude a que no es preceptiva la asistencia de abogado en la impugnación de estas resoluciones administrativas que se sustancian ante el tribunal competente, que no es propiamente un incidente a pesar de la denominación legal, especificándose ahora que tampoco es obligatoria la intervención de procurador

e) Cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio (art. 23.2.3º).

La LEC deja abierta, con esta previsión, un enorme campo de actuación a todo tipo de diligencias y actuaciones que puedan instarse con anterioridad a la presentación de la demanda, que es el acto procesal con el que se inicia el proceso, sin establecer modulaciones o excepciones.

Ahora bien, partiendo del presupuesto de medidas o diligencias que cronológicamente se realizan antes de comenzar el proceso, es preciso centrar la atención en que el único criterio justificativo que se impone para autorizar la comparecencia personal del litigante es la urgencia

de la medida, de donde no basta con la precedencia a la demanda, si no va acompañada de la existencia y justificación de la urgencia.

Por consiguiente, la aplicación del art. 23.2.3º no sólo exige que se trate de medidas previas al juicio, sean diligencias preliminares (art. 256), diligencias de anticipación de prueba (art. 293) o de aseguramiento de la prueba (art. 297), medidas cautelares (art. 730.2), o de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771), sino que se requiere el carácter de urgente. Así se reconoce específicamente para la solicitud de medidas cautelares previas (urgencia o necesidad), y se desprende de la solicitud de efectos y medidas en procesos matrimoniales (art. 771.2); sin embargo, no siempre está presente la urgencia en la prueba anticipada o en el aseguramiento de la prueba así como en las diligencias preliminares, de modo que en todos los casos es exigible la alegación y la justificación de la urgencia para exonerar la solicitud de la medida de la intervención del procurador.

La excepción lo es a los solos efectos de presentar la solicitud, en razón precisamente de la urgencia, de donde no puede amparar la tramitación subsiguiente que requiera la adopción de las medidas o actuaciones, pues como reconoce el art. 771.1, para todo escrito o actuación posterior en el incidente de medidas matrimoniales previas, el solicitante debe comparecer con abogado y procurador, y esta prevención habrá de hacerse al demandado para acudir a la comparecencia que se convoque (art. 771.2).

Así pues, si la urgencia justifica la comparecencia personal, no permite continuar la tramitación sin el profesional, salvo naturalmente que en el procedimiento principal en donde la medida se inserta tampoco fuera preceptiva la representación técnica.

f) En el “nuevo juicio ejecutivo” es preceptiva siempre la asistencia y representación técnicas, aunque la cuantía de la deuda sea inferior a 900 € (siempre habrá de ser superior a 300 €, *summa executionis* mínima del título exigida en el art. 520).

g) En los actos de jurisdicción voluntaria (art. 4.5º), así como en los actos de conciliación (art. 4.1º) y la presentación de la solicitud de declaración de herederos abintestato (art. 980), todos ellos de la LEC de 1881, que se han declarado vigentes hasta que se llegue a aprobar la nueva Ley de jurisdicción voluntaria (disp. derog. 1.1ª.II).

h) En los procesos en que se ejercite el derecho de rectificación, de acuerdo con la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación (BOE nº 74, de 27.3.1984).

Cuando se pretenda la rectificación de informaciones inexactas y perjudiciales se tramitará, dispone la referida ley, conforme a lo establecido para los juicios verbales y “la acción se ejercerá mediante escrito, sin necesidad de abogado ni de procurador” (art. 5.1). Por consiguiente, como la nueva LEC no ha derogado esta disposición y mantiene que las demandas que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales” se

decidirán en juicio verbal (art. 250.1.9), parece que deba también mantenerse el carácter facultativo de la intervención de abogado y procurador en esos procesos.

i) Cuando comparezcan como parte el Estado, sus Organismos Autónomos y Órganos Constitucionales, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, así como la Administración de la Seguridad Social, el abogado que les defienda puede asumir también la representación (art. 1 Ley 52/1997, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas; BOE nº 285, de 28.11.1997); lo propio sucede cuando el Abogado del Estado asume la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados del Estado, sus Organismos públicos y Órganos Constitucionales no precisa de la intervención de procurador (art. 2 Ley 52/1997). El Ministerio Fiscal comparece por sí mismo, sin necesidad de procurador alguno.

j) En los procesos en que intervenga un procurador no precisaría de la representación por otro (así está previsto para el procurador no ejerciente en el art. 17.1 EGPT).

k) Lo propio parece que puedan hacer los abogados, cuando presenten minuta de honorarios y pretendan seguir el procedimiento del art. 35 LEC.

#### **4.3. La comparecencia en ejecución forzosa**

A pesar de que el art. 23 se inserta dentro del libro I que, en principio, contiene disposiciones generales y comunes para todos los procesos, desde luego para todos los del orden civil, es lo cierto que en el libro III, de la ejecución forzosa, regula de modo específico la postulación en esos procesos.

El sistema de postulación procesal en el proceso de ejecución viene regulado en el art. 539.1 LEC, siguiendo un régimen similar al previsto para el proceso de declaración, de modo que la regla general será que en todos los casos tanto el ejecutante como el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador.

La LEC sólo admite una excepción, estrictamente cuando se trate de ejecutar resoluciones judiciales, en cuyo caso no será necesario hacerse representar por procurador cuando en el proceso donde hubiere recaído la resolución no fuera preceptiva la comparecencia por procurador y la asistencia de abogado.

Sin embargo, para la ejecución de resoluciones derivadas de procesos monitorios sin oposición si la deuda fuere superior a 900 euros, se exige la postulación profesional con carácter obligatorio, con lo que la amplia excepción para presentar la solicitud del proceso monitorio por la propia parte, sin límite de cuantía, se ve más reducida en el momento de la ejecución forzosa.

## 5. Artículo 24 LEC

### Artículo 24. Apoderamiento del Procurador.

1. El poder en que la parte otorgue su representación al Procurador habrá de estar autorizado por Notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto.
2. La escritura de poder se acompañará al primer escrito que el Procurador presente o, en su caso, al realizar la primera actuación; y el otorgamiento "apud acta" deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación.

#### 5.1. El poder

El poder es el acto de la parte por el cual encomienda a un procurador su representación en juicio, confiriéndole las facultades previstas en la ley como propias del ejercicio profesional de la procura, y dentro de los límites que en el propio poder se establezcan

Sin perjuicio de los dos tipos de poder que se regulan en el art. 25, el general y el especial, el poder a procuradores es una manifestación de voluntad unilateral que realiza el poderdante y resulta siempre documentada. Es cierto que se trata de una declaración de voluntad recepticia pues precisa, para tener efectividad, la aceptación por parte del procurador a quien se encomiendan las funciones que son propias de su actividad procesal.

Así pues, el poder tanto designa el acto de parte consistente en otorgar o conferir el apoderamiento a un procurador para su representación procesal como el documento en que éste se hace constar.

El otorgamiento del poder, una vez que es aceptado, hace surgir entre el poderdante y el apoderado, entre la parte y su procurador, un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, que constituyen el marco jurídico del quehacer de éste y, en tanto tiene una evidente incidencia procesal, puesto que el poder al que se está haciendo referencia habilita precisamente para la actuación en un proceso, viene regulado en la ley procesal. Eso no quita para que deba acudir a otras normas para entender la totalidad de las relaciones que vinculan al procurador con la parte; esencialmente debe acudir a lo dispuesto en la legislación civil y en el EGPT.

#### 5.2. Modos de otorgamiento del poder

La LEC, siguiendo lo previsto con carácter general en la LOPJ (art. 281.3), admite dos formas de otorgamiento del poder, ante alguno de los dos fedatarios públicos: el extrajudicial, que se otorga ante notario, y el judicial, que se otorga *apud acta*, ante el secretario judicial.

El apoderamiento puede hacerse a un solo procurador o, lo que es más común, a varios procuradores para que todos ellos puedan utilizar el poder, si bien como es natural sólo uno de

ellos actuará en el proceso, sin perjuicio de que se les autorice para designar un procurador sustituto (art. 33).

a) La escritura pública

La escritura pública de poder, otorgada ante notario, ha sido el modo tradicional en que se viene otorgando el poder para pleitos, seguramente por la comodidad de la diligencia notarial y porque su coste no resulta muy elevado. El poder notarial deberá identificar al poderdante y hará constar sus datos y circunstancias personales, indicando el documento de identidad, la capacidad de obrar o si comparece en su propio nombre o como representante legal, insertando o incorporando a la escritura los documentos que acrediten la representación (arts. 156 y ss. del Reglamento notarial).

La escritura podría contener una genérica atribución al procurador para intervenir en nombre y representación del poderdante en todos los actos procesales que lo requiriesen, pero la práctica notarial acostumbra a redactar minuciosos y detallados poderes que con frecuencia entorpecen y perturban la actuación procesal, precisamente por la pretendida precisión con que se producen, en aras de la no siempre bien entendida seguridad jurídica, de modo que si una concreta intervención no se encuentra expresamente prevista, su legitimidad se pone en cuestión al estar amparada solamente por las cláusulas habilitadoras más generales.

b) El otorgamiento *apud acta*

El poder puede también conferirse por comparecencia ante el secretario judicial del tribunal que haya de conocer del asunto, como se dispone con carácter general en la LOPJ, que permite conferirla en todos los procedimientos mediante la referida comparecencia ante el secretario (art. 281.3).

En el Proyecto de la LEC se había dado un importante paso para potenciar este modo de otorgamiento del poder, porque se admitía no sólo ante el secretario del tribunal que conociera del proceso, sino también ante el del domicilio del litigante, pero el texto fue finalmente modificado so pretexto de que suponía una contradicción con la norma de la LOPJ.

En todo caso, la diferencia esencial entre el poder notarial y el secretarial estriba en que el primero puede otorgarse para todos los asuntos judiciales en los haya de intervenir el poderdante, mientras que el poder *apud acta* sólo puede otorgarse para un proceso determinado, precisamente el asunto del que ha de conocer o está conociendo el tribunal.

Claro es que el poder conferido en esta forma faculta al procurador para intervenir en todas las instancias y grados del procedimiento, incluida la ejecución de la sentencia (art. 550.1.2º), si estuviera habilitado para actuar ante los tribunales de la apelación y de los recursos extraordinarios, sin necesidad de que la parte haya de otorgar un nuevo poder notarial o *apud acta* que les faculte para personarse y actuar en los recursos.

c) La designación de oficio

Aunque con mucha menos incidencia práctica que los dos modos anteriores, existen supuestos en que el Colegio de Procuradores designa de oficio el profesional que interviene en un asunto civil, de modo que la parte no realiza el apoderamiento al procurador que directa o indirectamente le merece más crédito o considera más idóneo. Se trata de una designación que se produce cuando la intervención del procurador es preceptiva y la parte tiene el derecho a litigar gratuitamente, de modo que su manifestación de voluntad en el otorgamiento del poder se cambia por su solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o por el mandamiento judicial de que se proceda a la designación (arts. 15, 21 y 27 LAJG).

También se produce la designación de oficio, es decir, sin que tal acto suponga una concreta manifestación de voluntad hacia una determinada persona para que lo represente, la petición que se pueda formular al Colegio de que se le nombre procurador de oficio por no conocer a ninguno en la localidad.

### 5.3. Presentación del poder

a) Cuando se trate de un poder otorgado notarialmente, la escritura habrá de acompañarse con el primer escrito que la parte presente o, en su caso, al realizar la primera actuación. La norma es clara, pues el poder es el documento que legitima al procurador para intervenir en el proceso a nombre de la parte.

Por esa razón ordena la LEC que, con la demanda, la contestación o al comparecer a la vista del juicio verbal, habrá de presentarse el poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga (art. 264.1º).

La primera actuación o el primer escrito distinto de la demanda podrá ser tanto una diligencia preliminar, como una prueba anticipada o una medida de aseguramiento de prueba, como una medida cautelar o una medida provisional, en cuyo caso si se solicitan con la intervención del procurador, que es preceptiva cuando la diligencia o actuación no es urgente o el asunto no es una reclamación de cantidad de hasta 150.000 ptas. (951,02 €), precisamente en ese momento previo será necesario acompañar la escritura notarial de poder.

b) Cuando el poder se hubiera conferido por comparecencia ante el secretario, dice la ley que deberá efectuarse al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación. La primera de las alternativas sólo se dará cuando en el momento de la presentación del primer escrito comparezcan juntos ante órgano judicial tanto el litigante que confiere la representación como el procurador que debe presentar el escrito. En realidad, lo que la ley exige es que el procurador intervenga siempre con un poder previo, cualquiera que fuera el modo en que se hubiera otorgado.

Como es natural, el otorgamiento *apud acta* tiene entrada en el proceso poniendo el secretario en los autos una diligencia de constancia, de modo que el litigante no tiene nada que aportar. El

apoderamiento conferido de esta forma será válido, desde luego, para todas las incidencias y actuaciones que puedan tener lugar en el mismo proceso, incluida la ejecución de la sentencia que se dictare, pues no hace falta aportar poder para instar la ejecución si ya obra en autos (art. 550.1.2º).

Si el poder se hubiera otorgado en una actuación previa al proceso (una medida cautelar o una diligencia preliminar), resulta válido en las actuaciones posteriores. Sin embargo, si se trata de otro proceso, aunque tenga como antecedente el que se siguió con anterioridad (divorcio posterior a la separación), deberá otorgarse de nuevo poder al procurador para iniciarlo.

c) Cuando el procurador se ha designado de oficio por el Colegio, su intervención legítima en el proceso vendrá dada por la comunicación que, sobre el nombre del procurador que ha de actuar en el proceso, hubiera remitido al órgano judicial bien el propio Colegio, bien la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

## **6. Artículo 25 LEC**

### **Artículo 25. Poder general y poder especial.**

**1. El poder general para pleitos facultará al Procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de aquéllos.**

**El poderdante podrá, no obstante, excluir del poder general asuntos y actuaciones para las que la ley no exija apoderamiento especial. La exclusión habrá de ser consignada expresa e inequívocamente.**

**2. Será necesario poder especial:**

**1º. Para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto.**

**2º. Para ejercitar las facultades que el poderdante hubiera excluido del poder general, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.**

**3º. En todos los demás casos en que así lo exijan las leyes.**

**3. No podrán realizarse mediante Procurador los actos que, conforme a la ley, deban efectuarse personalmente por los litigantes.**

### **6.1. El poder general para pleitos**

a) **Ámbito**

Por primera vez, la LEC se hace eco del poder general para pleitos, que es el apoderamiento que habilita con carácter general al procurador para intervenir en el proceso en nombre de la parte. Este poder tiene un contenido propio y específico, facultando al procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de los procedimientos civiles.



Contiene el precepto una norma útil, porque permite y aclara con una genérica expresión que por definición ese poder general para pleitos autorice a realizar todo lo que se puede se comprende en la tramitación ordinaria, es decir, todas las actuaciones procesales que se siguen comúnmente después de iniciado el proceso, que conduzcan a una resolución definitiva, desde las posibles actuaciones previas, a la fase de alegaciones, la prueba y las conclusiones en instancia, así como utilizar los medios de impugnación contra las resoluciones desfavorables para su representado. Por consiguiente, si se ha de realizar otro tipo de actuación que no se encuentre en la tramitación ordinariamente establecida, como las que suponen la disposición de la pretensión, es preciso otorgar al procurador un poder especial.

Ciertamente que esta fórmula legal debería permitir la poda radical de la interminable relación de facultades que se contienen en los poderes generales otorgados ante notario, por cuanto el enorme listado de actuaciones, que es pretendidamente minucioso y exhaustivo, se convierte con frecuencia en incompleto. Resulta, pues, preferible comprender en una fórmula general –que podría ser la utilizada por la ley– todas las actuaciones ordinarias y, sin embargo, hacer constar expresamente aquellas que se excluyen.

#### b) Exclusiones

A pesar de definir en positivo el poder general para pleitos, la LEC permite al poderdante excluir del poder general asuntos y actuaciones para las que la ley no exija apoderamiento especial, para lo que exige que se consignent expresa e inequívocamente.

Se trata, pues, de permitir a la parte que suprima ciertas facultades que son propias del poder general para pleitos, por pertenecer a la actividad ordinaria del procurador, pero no de ampliar con otras facultades, porque entonces estaríamos en la órbita del poder especial. Esta posibilidad de exclusión permite a la parte confeccionar a su medida el ámbito del poder general para pleitos, haciéndolo tan estrecho como entienda oportuno; sin embargo, no autoriza para restringir de tal modo las facultades del procurador que lo dejara vacío de contenido, de modo que el poder general para pleitos llegara a resultar irreconocible, porque tal interpretación podría generar confusión si la parte pretende componer caprichosamente el contenido del apoderamiento (no autorizando al procurador para recibir los requerimientos, o no permitiendo el traslado de los escritos a los procuradores de las demás partes), parece necesario fijar como contenido del poder un mínimo que resulte suficiente, que probablemente se halle en los deberes del art. 26 LEC y en la representación pasiva del art. 28. Un poder caprichoso puede obligar al órgano judicial y a la parte contraria a examinar cada actuación cotejándola con el poder conferido.

### **6.2. Poder especial. Supuestos: actos de disposición, actos excluidos del poder general y otros casos**

El poder general faculta para las actuaciones ordinarias, pero en la ley se establecen supuestos en que, por su relevancia o trascendencia, es preciso que el procurador cuente con un poder especial para realizar determinados actos.

El poder especial supone, por tanto, una declaración de voluntad expresa y específica del poderdante para que el procurador pueda hacer alguna cosa. El poder especial puede conferirse caso a caso, cuando surja la circunstancia en un proceso concreto, o bien incorporar la expresa autorización dentro de la escritura de poder o en el apoderamiento inicial *apud acta*.

a) En este artículo se exige que el procurador tenga poder especial para determinados actos de disposición, como la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje o las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto, es decir, actos que se traducen en una declaración de voluntad con eficacia en el desarrollo del proceso.

En unos casos, ha de concurrir la voluntad de las dos partes, poniendo fin al proceso sin solucionar el conflicto, como sucede en el sometimiento a arbitraje, de modo que finaliza el proceso los órganos judiciales y las partes encomiendan la resolución del litigio al arbitraje.

Asimismo, debe manifestarse la voluntad de ambas partes, terminando el proceso con una solución acordada, en el caso de la transacción (art. 19.2) o en el reconocimiento de la falta de interés del demandante o del reconviniente por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto (art. 22.1). También precisa de la manifestación de las dos partes y poder especial del procurador el desistimiento del proceso en el caso del art. 415.1.II, que pondría fin al mismo dejando imprejuizada la pretensión.

En otros casos, se trata de declaraciones unilaterales de voluntad que pueden exigir la intervención de la otra parte, como en el desistimiento de la instancia, en que el demandado debe ser oído (art. 20.3). También para el desistimiento de los recursos es preciso poder especial, pues se abandona la impugnación de una resolución gravosa para el poderdante, pero en ese caso no se exige la audiencia de la parte recurrida (art. 450).

Por último, se precisa poder especial para manifestaciones unilaterales de voluntad que disponen del objeto litigioso, como en el caso de la renuncia a la acción por el demandante (art. 20.1), o el allanamiento total del demandado (art. 21.1), en que se pone fin al proceso, o para el allanamiento parcial (art. 21.2), en que el proceso puede continuar para ventilar los extremos de la pretensión no comprendidos en el acto de disposición.

b) Precisa el procurador de un poder especial para el ejercicio de aquellas facultades que el poderdante hubiera excluido expresamente del poder general. Se trata, por tanto, de facultades ordinarias de sustanciación del proceso que se han suprimido por un acto de voluntad de la parte en el acto de otorgar el poder, de modo que si con posterioridad se pretende atribuir las al procurador, será necesario revocar la inicial exclusión.

El otorgamiento al procurador de las facultades que anteriormente fueron exceptuadas deberá hacerse para cada actuación singular, o levantando la totalidad de las limitaciones expresas que

se contuvieran en el apoderamiento; puede hacerse, también, mediante escritura notarial o por comparecencia ante el secretario y, desde ese momento, el procurador queda facultado para realizar la actuación de que se trate.

c) Como cláusula de cierre, el precepto ordena que el procurador se dote de poder especial en todos los demás casos en que así lo exijan las leyes. Sin pretensión de exhaustividad, en la LEC se previene especial apoderamiento para que el procurador elija abogado (art. 26.2, pues lo puede hacer cuando a esto se extienda el poder). Lo mismo se exige para proponer una recusación contra juez o magistrado (art. 107.2, disposición sin vigencia hasta tanto la LOPJ se llegue a modificar; pero en ésta, art. 223.2, se contiene idéntica exigencia de poder especial). Asimismo, se precisa poder especial que comprenda la actuaciones propias de la audiencia previa al juicio cuando la parte no concurra personalmente a ella y asista el procurador (art. 414.2). También se dispone en ejecución que puede el procurador obtener datos sobre el patrimonio del ejecutado si estuviera debidamente facultado al efecto por su poderdante (art. 590.II).

### **6.3. Actos personales de la parte**

Excluye la LEC de la intervención del procurador, pues no están comprendidos en la tramitación ordinaria del proceso ni pueden incluirse en poder especial, los actos que, de acuerdo con la ley, deban realizarse personalmente por los litigantes.

Aun cuando la función esencial del procurador es la de intervenir en lugar de la parte, realizando los actos procesales oportunos que, por su dificultad o complejidad, no quieren o no pueden hacer las partes, existen determinadas actuaciones que no cabe encomendarlas a ninguna otra persona, ni siquiera al procurador.

Como puede comprenderse no son muchos los casos previstos en la ley; el más significativo, la respuesta del litigante en la prueba de interrogatorio de las partes, puesto que versa sobre hechos de los que tenga noticia (art. 301.1), en los que hubiera intervenido personalmente (art. 307.1), o se trate de hechos personales (art. 308), de modo que el litigante no puede ser sustituido en esta prueba. Lo propio ocurre en la prueba pericial de cotejo de letras, cuando se requiere a la parte para que forme un cuerpo de escritura (art. 350.3), lo que obviamente sólo puede hacer por sí mismo.

## **7. Artículo 26 LEC**

### **Artículo 26. Aceptación del poder. Deberes del Procurador.**

**1. La aceptación del poder se presume por el hecho de usar de él el Procurador.**

**2. Aceptado el poder, el Procurador quedará obligado:**

**1º. A seguir el asunto mientras no cese en su representación por alguna de las causas expresadas en el artículo 30.**

**2º. A transmitir al Abogado elegido por su cliente o por él mismo, cuando a esto se extienda el poder, todos los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan**

o pueda adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de los intereses de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario.

Cuando no tuviese instrucciones o fueren insuficientes las remitidas por el poderdante, hará lo que requiera la naturaleza o índole del asunto.

3°. A tener al poderdante y al Abogado siempre al corriente del curso del asunto que se le hubiere confiado, pasando al segundo copias de todas las resoluciones que se le notifiquen y de los escritos y documentos que le sean trasladados por el tribunal o por los Procuradores de las demás partes.

4°. A trasladar los escritos de su poderdante y de su Letrado a los Procuradores de las restantes partes en la forma prevista en el artículo 276.

5°. A recoger del Abogado que cese en la dirección de un asunto las copias de los escritos y documentos y demás antecedentes que se refieran a dicho asunto, para entregarlos al que se encargue de continuarlo o al poderdante.

6°. A comunicar de manera inmediata al tribunal la imposibilidad de cumplir alguna actuación que tenga encomendada.

7°. A pagar todos los gastos que se causaren a su instancia, excepto los honorarios de los Abogados y los correspondientes a los peritos, salvo que el poderdante le haya entregado los fondos necesarios para su abono.

### **7.1. Aceptación del poder**

El poder, como declaración unilateral de voluntad recepticia, precisa de la aceptación del procurador, pues hasta ese momento lo que existe es la sola voluntad del poderdante sin correspondencia con la concorde voluntad de quien se pretende que asuma la representación procesal de la parte.

Si el procurador no acepta el poder, deberá devolverlo tan pronto como sea posible, para que no sea perjudicado el poderdante.

La aceptación, según autoriza la ley, puede hacerse tanto expresa como tácitamente. La primera se podrá hacer con la comparecencia del procurador junto con la parte en el momento del otorgamiento del poder, bien ante el notario (supuesto poco frecuente), o bien ante el secretario judicial. También puede hacerse mediante una manifestación de aceptación por escrito presentada ante el órgano judicial por el procurador.

La aceptación tácita, que es el modo común de producirse, dice la ley que se presume por el hecho de usar del poder el procurador, al que la LEC considera como una manifestación de voluntad por parte del profesional.

### **7.2. Representación activa del procurador**

Una vez aceptado el poder, el procurador asume la representación de la parte a todos los efectos, y habrá de intervenir en las diferentes actuaciones del proceso, impulsando con su actividad el

desarrollo del proceso en defensa de los derechos de su representado, así como, pasivamente, recibir por sí mismo las comunicaciones y escritos del órgano judicial y de las demás partes.

Como su marco de actuación viene fijado por el poder otorgado, el procurador debe atenerse a él; sin embargo, cuando no tuviese instrucciones o fueren insuficientes las remitidas por el poderdante, hará lo que requiera la naturaleza o índole del asunto (art. 26.2.2º.II).

#### a) Actuación procesal

El primero de los deberes del procurador, en los que se concreta su representación activa, es el de seguir el asunto mientras no cese en su representación (art. 26.2.1º). En virtud de ello, el procurador debe realizar, como representante procesal de la parte, desde el acto de presentar la demanda hasta la última actuación que, en nombre de su patrocinado, deba hacerse durante el procedimiento.

Así, reconoce la LEC que su nombre ha de figurar en la demanda (art. 399.2) y, naturalmente, firmarla; y, al propio tiempo, que debe mencionarse su intervención en la sentencia (art. 209.1ª).

En numerosas actuaciones procesales prevé, específicamente, la ley su intervención: firma los escritos en que se promueva la recusación del juez o magistrado (art. 107.2, precepto que no entrará en vigor); los escritos en que se proponga la recusación de peritos (art. 125.1), e interviene en la audiencia que se celebre en este incidente de recusación (art. 127.1); sólo él o el litigante pueden presentar los exhortos ante el órgano exhortado (art. 172.2); interviene en las actuaciones que se practiquen para el cumplimiento de los exhortos (art. 174.1); se encarga de la devolución de las actuaciones de auxilio judicial practicadas (art. 175.2); puede concurrir al reconocimiento judicial y hacer, de palabra, las observaciones que estimen oportunas (art. 354.2); es el único que puede suplir la ausencia de la parte en la audiencia previa al juicio, asistiendo a ella en representación de la parte, provisto de poder especial (art. 414.2); comparece en el acto del juicio (art. 432.1); puede obtener datos patrimoniales del ejecutado que se encuentren en organismos o registros (art. 590); se encarga del cumplimiento de los oficios para información sobre cargas extinguidas o aminoradas (art. 657.1.II); se le puede facultar para obtener los títulos correspondientes a los inmuebles embargados cuando no los hubiera presentado el deudor (art. 664); asiste a la comparecencia de medidas provisionales previas en procesos matrimoniales (art. 771.2), o firma el escrito de oposición del deudor en el proceso monitorio (art. 818.1).

#### b) Relaciones con su poderdante y con el abogado

También en lo que se refiere a las relaciones del procurador con su cliente y con el abogado, la LEC ha sido continuista con la situación anterior. La Ley le impone el deber de transmitir al abogado todos los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan o pueda adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de los intereses de su poderdante, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario (art. 26.2.2º LEC).

Deberá, asimismo, tener siempre al corriente al poderdante y al abogado del curso del asunto, pasando a éste copias de todas las resoluciones que se le notifiquen y de los escritos y documentos que le sean trasladados por el tribunal o por los procuradores de las demás partes (art. 26.2.3º LEC).

Asimismo, debe recoger, del abogado que cese en la dirección de un asunto, las copias de los escritos y documentos, y demás antecedentes que se refieran a dicho asunto, para entregarlos al que se encargue de continuarlo o al poderdante (art. 26.2.5º LEC).

Estas atribuciones convierten, pues, al procurador, en el centralizador de todas las comunicaciones que, desde la parte en persona o desde el abogado, vayan dirigidas al órgano judicial o al resto de litigantes, debiendo servir de correo de todos los escritos y documentos que hayan de presentarse, así como seguir en primera persona el curso del proceso.

Sin embargo, en estas normas se mantiene un criterio antiguo que no se corresponde con la realidad, pues parece que el procurador es el profesional que la parte conoce, en quien deposita el cliente su confianza y le encarga que le represente para defender sus derechos, al punto que podrá elegir el abogado que deba asistir a la parte cuando a esto se extienda el poder (art. 26.2.2º). Sin embargo, la práctica indica que, por regla general, el litigante solamente conoce al abogado y, cuando se ha dirigido a él, éste le indica que debe designar procurador y le sugiere dos o tres nombres de procuradores con los que el despacho de abogados trabajan con más asiduidad.

#### c) Relaciones con las otras partes

Cuando las partes comparecen representadas por procurador a éste se encomienda llevar las relaciones con los procuradores de las demás partes, lo que supone darles traslado de los escritos de su poderdante o del abogado (art. 26.2.4º).

En efecto, la LEC ordena al procurador, cuando todas las partes estuvieren representadas de este modo, que traslade con carácter previo a los procuradores de las restantes partes las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal; este traslado se efectuará entregando al servicio de recepción de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores, la copia o copias de los escritos y documentos destinadas a los Procuradores de las restantes partes (art. 276.1 y 2). En estos casos, no se admitirá la presentación de escritos y documentos si no consta que se ha realizado el traslado de las copias correspondientes a las demás partes personadas (art. 277).

La tramitación parlamentaria de la LEC ha rebajado el sistema diseñado en el Proyecto, que encomendaba al procurador la entrega directa del escrito o documento a los procuradores de las demás partes, pues ahora se ha de hacer a través del servicio colegial.

d) Comunicación al tribunal de la imposibilidad de actuar

Exige también la LEC que el procurador comunique inmediatamente al tribunal la imposibilidad de cumplir alguna actuación que tenga encomendada (art. 26.2.6º).

Por tanto, en los casos de ausencia (art. 52 EGPT), enfermedad, fallecimiento (art. 55 EGPT) u otra causa que le impida desarrollar su actividad o realizar lo que el momento procesal exija, el procurador debe hacer esa comunicación al órgano judicial, con el fin de ser sustituido por otro procurador (arts. 29 y 30 EGPT) y también a los efectos de una posible exigencia de responsabilidad. La sustitución opera también por conveniencia o necesidad, en cuyo caso puede operarse por otro procurador de la misma demarcación, con la simple aceptación del sustituto, sin que sea necesario que se encuentre facultado en el apoderamiento, ni que el procurador sustituido acredite la necesidad de la sustitución (art. 29 EGPT).

e) Pago de gastos

Impone la LEC al procurador el deber de pagar todos los gastos que se causaren a su instancia, excepto los honorarios de los abogados y los que correspondan a los peritos, salvo que el poderdante le haya entregado los fondos necesarios para su abono (art. 26.2.7º).

En realidad, se ha liberado a los procuradores de la carga económica más importante que, actualmente, pesa sobre ellos, una vez que desaparecieron las tasas judiciales, pues desde luego los honorarios de los abogados y de los peritos representa la única partida relevante de los gastos del proceso.

La vieja idea de que el procurador era la persona de confianza de la parte, que intervenía como su *alter ego* en el proceso, hace tiempo que no se compadecía con la realidad, de modo que exigir el pago de estos honorarios del procurador, que tenía un contacto superficial y distante, nulo en ocasiones, con el litigante, podía resultar excesivo. Así pues, la LEC ha acomodado a la realidad la distribución de papeles de los profesionales y encamina al abogado de la parte a instar el pago de sus honorarios directamente de su defendido, y aunque los honorarios de su abogado como de los peritos a cuyo cargo debiera correr la parte, que integran las costas se hayan causado a su instancia, movidos por su impulso y su actuación, quedan excluidos de este deber.

A este fin, el procurador, como otros profesionales que hayan intervenido en el juicio y tengan algún crédito contra las partes que deba ser incluido en la tasación de costas, podrán presentar en la Secretaría del tribunal minuta detallada de sus derechos y cuenta detallada y justificada de los gastos que hubieran suplido (art. 242.2).

Queda sin resolver el problema del pago de honorarios al abogado que, excepcionalmente, designara el procurador con poder para ello, pero parece que, en este caso, el procurador debería haber obtenido previa provisión de fondos de su cliente.

Por otra parte, el último inciso del precepto, por obvio, genera cierta confusión, ya que es evidente que si el poderdante ha entregado a su procurador los fondos para pagar a los profesionales, naturalmente que el procurador deberá hacer frente al pago, so pena de incurrir en un delito de apropiación indebida.

### ***8. Artículo 27 LEC: las normas del contrato de mandato como derecho supletorio***

#### **Artículo 27. Derecho supletorio sobre apoderamiento.**

**A falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el Procurador, regirán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil aplicable.**

Este precepto remite, con carácter general, para todos los efectos que deriven de las relaciones entre el procurador y el poderdante y no aparezcan específicamente reguladas en la LEC, a las normas que regulan el contrato de mandato en la legislación civil.

Es verdad que la LEC, en dos momentos, considera la relación que une al procurador con la parte expresamente como una relación de mandato; así, el art. 26.2.2º, impone al procurador el deber de transmitir al abogado los documentos, antecedentes e instrucciones que se le remitan o pueda adquirir, “bajo la responsabilidad que las leyes imponen al mandatario”. En el mismo sentido, el art. 29.1 dispone que “el poderdante está obligado a proveer de fondos al procurador, conforme a lo establecido por la legislación civil aplicable para el contrato de mandato”.

Se trata, pues, de una regulación de aspectos parciales de la relación que une al procurador con la parte que, por su complejidad y su especialidad, precisa una norma de cierre, como la que contiene el art. 27: supletoriamente, para todo lo que no venga expresamente regulado, se aplicarán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil.

El precepto no ha querido calificar la relación jurídica como un mandato, sino que se limita a ordenar la aplicación supletoria de estas normas, entre otras cosas, porque el régimen de obligaciones del mandante (de anticipar las cantidades necesarias o de pagar la retribución), y el correspondiente régimen de derechos y obligaciones del mandatario (desde la ejecución del mandato de acuerdo con las instrucciones recibidas, teniendo al mandante informado, hasta la rendición de cuentas), se contienen en la propia LEC y, además, en el Estatuto general de los procuradores de los tribunales. Por tanto, se trata de una aplicación supletoria, es decir, para lo no regulado expresamente.

Finalmente, la remisión se hace globalmente a las normas del contrato de mandato contenidas en la legislación civil, es decir, a lo dispuesto en el CC, porque no parece posible extender la aplicabilidad a lo que se establece en el Código de Comercio sobre la comisión u otras formas del mandato mercantil.



En definitiva, la relación jurídica que une al procurador con la parte deriva del poder, una vez aceptado por aquél, y genera una serie compleja de derechos y obligaciones entre el poderdante y el procurador que, en sus aspectos más relevantes, se regulan en las normas procesales; aunque no es en puridad un contrato de mandato representativo, sin embargo, en todo lo no previsto específicamente, se rige esta relación jurídica por las normas del mandato civil.

## **9. Artículo 28 LEC**

### **Artículo 28. Representación pasiva del Procurador.**

- 1. Mientras se halle vigente el poder, el Procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste.**
- 2. También recibirá el Procurador, a efectos de notificación y plazos o términos, las copias de los escritos y documentos que los Procuradores de las demás partes le entreguen en la forma establecida en el artículo 276.**
- 3. En todos los edificios judiciales que sean sede de tribunales civiles existirá un servicio de recepción de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores. La recepción por dicho servicio de las notificaciones y de las copias de escritos y documentos que sean entregados por los Procuradores para su traslado a los de las demás partes, surtirá plenos efectos. En la copia que se diligencie para hacer constar la recepción se expresará el número de copias entregadas y el nombre de los Procuradores a quienes están destinadas.**
- 4. Se exceptúan de lo establecido en los apartados anteriores los traslados, emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley disponga que se practiquen a los litigantes en persona.**

### **9.1. La representación pasiva**

Al propio tiempo que centro de distribución de escritos y documentos que partan de la posición de parte, el procurador es también el centro receptor de las comunicaciones procesales que afecten a su poderdante. De estas funciones se infiere su condición de representante pasivo del litigante, al punto que, cuando reciba cualquier comunicación, su recepción tendrá la misma eficacia que si se hiciera directamente a la parte.

#### **a) Recepción de comunicaciones del órgano judicial**

Así pues, el procurador asume el deber de oír y firmar los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, salvo cuando la ley exija que se entiendan con el litigante en persona, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante. No puede el procurador, sin incurrir en responsabilidad, rechazar cualquier comunicación que provenga del órgano judicial y que se refiera a un proceso en que intervenga, ni excusar la recepción, pidiendo que la comunicación se realice al propio litigante.

Dados los términos de la norma, parece que el procurador podría negarse a recibir la comunicación cuando, por la índole de la comunicación, la ley exigiera que se le hiciera llegar al litigante en persona, aunque esta previsión legal ni siquiera se da en todos los casos en que de la comunicación derive alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante, pues también entonces debe firmarla el procurador (art. 153).

El art. 153 reitera lo dispuesto en el art. 28, previniendo que el procurador ha de firmar “las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las de sentencias y las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante”, puesto que las comunicaciones se realizan a través de procurador cuando se trate de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de éste (art. 152.1.1ª).

#### b) Recepción de traslados de las demás partes

Además del órgano judicial, las demás partes han de comunicarse con los colitigantes, en la medida en que éstos han de conocer la actividad procesal que despliegan. Por tanto, será preciso que los procuradores reciban los escritos y documentos que presentan el resto de los litigantes, en correlato con el deber que ya imponía a los procuradores el art. 26.2.4º, de trasladar los escritos de su poderdante y de su letrado a los procuradores de las restantes partes en la forma prevista en el art. 276.

A este traslado se refiere el art. 28.2 cuando dispone que el procurador también ha de recibir, a efectos de notificación y plazos o términos, las copias de los escritos y documentos que los procuradores de las demás partes le entreguen, que se hace a través del servicio colegial de recepción de notificaciones. El Proyecto de ley arbitraba un sistema de entrega directa de los escritos de un procurador a otro, sin necesidad de acudir al servicio colegial, pero en el trámite parlamentario se eliminó esa posibilidad y el resultado de conjugar los preceptos de la LEC es en realidad bastante confuso.

En efecto, por una parte, se dispone que el procurador deberá trasladar, con carácter previo a los procuradores de las restantes partes, las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal (art. 276.1). El traslado lo efectuará entregando al servicio de recepción de notificaciones del art. 28.3, la copia o copias de los escritos y documentos, destinadas a los procuradores de las restantes partes; las copias las recibirá el secretario judicial y, una vez fechadas y selladas, las entregará al encargado del servicio, y además firmará un justificante de que se ha realizado el traslado; el justificante deberá entregarse junto con los escritos y documentos que se presenten al tribunal (art. 276.2).

El problema de la fecha de recepción por el procurador de los traslados realizados por otro no está resuelto pues, mientras el art. 276.2 dispone que se entregue un justificante de que se ha realizado el traslado (naturalmente en el momento de la entrega en el servicio colegial), el art. 278 establece que, en estos casos, si el traslado determina la apertura de un plazo para llevar a cabo

una actuación procesal, el plazo comenzará su curso sin intervención del tribunal y deberá computarse desde el día siguiente al de la fecha que se haya hecho constar en las copias entregadas.

No resulta tarea fácil la opción entre el momento de la entrega de las copias en el servicio colegial, como le consta al procurador que pretende el traslado, y la fecha de la recepción por el procurador de la otra parte, como establece también el art. 28.2 cuando prevé que el procurador recibe las copias de los escritos “a efectos de notificación y plazos o términos”. De todos modos, si se aplica el todavía vigente art. 272.2 LOPJ, podría entenderse que la recepción en el servicio colegial surte todos los efectos y el procurador ha de darse por notificado en el mismo día, al concebirse como un servicio subsidiario al servicio común judicial por la incomparecencia del procurador.

## **9.2. El servicio colegial de notificaciones a procuradores**

La LEC aprovecha el buen funcionamiento de los servicios colegiales de recepción de comunicaciones a procuradores para mandar que se instauraren en todos los edificios judiciales que sean sede de tribunales civiles, aunque la organización y el coste correrá a cargo de los Colegios de Procuradores (art. 28.3). Es decir, los Colegios de Procuradores asumen, con la LEC, una mayor contribución al sistema judicial, pero también asumen mayores responsabilidades y más cuota de poder (piénsese en la extravagante función de convertirse en depositarios judiciales, art. 626.4).

No puede olvidarse que el art. 272 LOPJ faculta para establecer un local de notificaciones común a los varios órganos judiciales de una misma población, aunque sean de distinto orden jurisdiccional, en cuyo caso el Colegio organizará un servicio para recibir las comunicaciones que no hubieran podido realizarse en el local común por incomparecencia del procurador y esa recepción por el servicio colegial producirá plenos efectos. Así pues, el servicio colegial entra en juego cuando no ha surtido efecto la notificación en el local común.

Por consiguiente, la LEC ha dado un giro radical a la situación, pues se elimina el doble servicio, el local común, que dependía lógicamente del Decanato, y el servicio colegial, y confía exclusivamente esta función a los Colegios. Sin embargo, es claro que ambas normas están en vigor y no es fácil compatibilizar los dos sistemas.

Los servicios comunes de notificaciones que, en algunos países, vienen funcionando con éxito, no debieran “corporativizarse” en los Colegios, en una peligrosa aproximación a la privatización de los servicios judiciales, sino situarse en la esfera de la administración judicial, que debe separarse del ejercicio de la estricta función jurisdiccional. Probablemente, la separación de los dos niveles, administrativo y estrictamente judicial, podría ayudar a solventar el problema, más allá de convertir a los Colegios de Procuradores en una suerte de comodín obediente para solucionar cualquier cuestión por lejana que se encuentre de los cometidos de los procuradores.

### 9.3. La comunicación directa a la parte

Excepciona el art. 28.4 de la representación pasiva del procurador, y de hacer los traslados de escritos por medio del servicio colegial, así como los emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley disponga que se practiquen a los litigantes en persona.

Si bien se mira, el precepto resulta difícil de cohonestar con lo dispuesto en el art. 153, pues éste ordena que el procurador firme las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las de sentencias y las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante.

Así pues, el art. 28.4 dispone que el procurador no reciba los traslados, emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley ordene hacer al litigante en persona, mientras que el art. 153 manda al procurador firmar todos los actos de comunicación incluso aunque se refieran a una actuación personal de la parte. Así las cosas, ¿la citación para el interrogatorio de las partes, *verbi gratia*, debe hacerse al procurador o a la parte en persona?

Si se acude a los preceptos de la ley que disponen la comunicación personal a la parte de algún acto o resolución judicial, es fácil comprobar que, en todos los casos, el litigante no puede estar representado por un procurador, pues se trata de la primera noticia de la existencia del proceso (como a los demandados a los que se emplaza o cita, arts. 404 y 440; a los sucesores de parte que fallece, art. 16.2; a los sujetos que puedan resultar afectados por la sentencia, art. 150.2; al rebelde citado o emplazado por edictos cuando se conociere su paradero, art. 498; al cónyuge en medidas previas a un proceso matrimonial, art. 771.2).

Por tanto, pareciera que el acto de comunicación se entenderá con el procurador, quien ha de trasladarlo a su poderdante con toda diligencia y en su integridad, incluyendo los apercibimientos que contuviera la comunicación, como la que se practica para la prueba de interrogatorio de las partes (art. 304).

Mayores problemas pueden derivarse de que también los requerimientos se hayan de efectuar al procurador, aunque deban atenderlos el poderdante en persona, a diferencia de lo que ocurría en la vieja LEC, que precisamente excluía los requerimientos de la representación pasiva del procurador. Ahora la LEC manda que se hagan al procurador, pero al propio tiempo permite al requerido dar respuesta, consignándola sucintamente en la diligencia (art. 152.3), con lo que obviamente ni el procurador es el requerido ni mucho menos va a conocer la respuesta que debe darse a ese requerimiento y se limitará a trasladarlo a su representado.

## 10. Artículo 29 LEC

### Artículo 29. Provisión de fondos.

1. El poderdante está obligado a proveer de fondos al Procurador, conforme a lo establecido por la legislación civil aplicable para el contrato de mandato.

2. Si, después de iniciado un proceso, el poderdante no habilitare a su Procurador con los fondos necesarios para continuarlo, podrá éste pedir que sea aquél apremiado a verificarlo.

Esta pretensión se deducirá en el tribunal que conozca del asunto, el cual dará audiencia al poderdante por el plazo de diez días y resolverá mediante auto lo que proceda, fijando, en su caso, la cantidad que estime necesaria y el plazo en que haya de entregarse, bajo apercibimiento de apremio.

### 10.1. La provisión de fondos al procurador

De acuerdo con las normas que regulan el mandato (art. 1728 CC), el mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Así pues, el poderdante habrá de proveer al procurador de los fondos necesarios para cumplir las obligaciones que derivan del seguimiento del proceso en su condición de representante de la parte.

Como el art. 26.2.7º LEC impone al procurador el deber de abonar todos los gastos que se causen a su instancia, sin que pueda omitir actuaciones o excusar su intervención al amparo de la falta de provisión de fondos, es preciso establecer, como contrapartida, el deber del poderdante de anticipar o proveer al procurador de las cantidades suficientes para afrontar los gastos que deban realizarse en el proceso como consecuencia de su posición de parte.

Una vez aceptado el poder e iniciado el proceso, no permite la ley que el procurador lo abandone por falta de provisión de fondos ni que deje de abonar los gastos que se causen con motivo de su actividad procesal. Así pues, de no separarse el poderdante de la pretensión u oposición formulada, con lo que cesaría el procurador en su representación (art. 30.1.4º), éste debe seguir regularmente el proceso.

Como es natural, el procurador habrá de rendir cuentas al cliente, como exige el Estatuto, especificando y detallando las cantidades percibidas y los pagos realizados, precisando los conceptos y su importe (art. 38.2.b EGPT).

### 10.2. El procedimiento para obtener los fondos

#### a) Concepto y presupuestos

Sentado lo anterior, la LEC establece un procedimiento privilegiado para obtener del poderdante las cantidades de dinero que el procurador precisa para seguir el procedimiento y que, esencialmente, consiste en lograr un título de ejecución, a partir del cual se produzca el apremio judicial a la parte obligada al pago de los gastos del proceso.

Este apremio tiene lugar tras seguirse el proceso especial previsto en el art. 29.2, en el que se pueden discutir, con una relativa amplitud, diferentes aspectos de la provisión de los fondos que deban entregarse al procurador. Se trata de un proceso con predominante función ejecutiva, que guarda ciertas semejanzas con el “nuevo juicio ejecutivo”, entendiéndose que la solicitud del procurador funcionaría como un “título ejecutivo extrajudicial”, así como con el proceso monitorio, pues se entra en él por la petición del procurador basada en la cuenta que éste presente y se está reclamando una suma de dinero. De todos modos, las diferencias de estos dos procesos especiales y el proceso para la provisión de fondos son muy notables pues, mientras en los primeros, el acreedor reclama una deuda vencida, líquida y exigible, con la provisión de fondos el procurador pretende obtener dinero para gastos futuros; de donde ni la deuda existe, ni su determinación puede quedar estrictamente fijada en el inicio del proceso, ni la oposición del poderdante se parece a la que el deudor puede formular en el juicio ejecutivo o en el monitorio, puesto que la LEC lo que faculta a la parte es para formular “alegaciones”.

Para la viabilidad del proceso de provisión de fondos al procurador se requiere que exista un proceso pendiente (“después de iniciado un proceso”, dice el art. 29.2) de modo que, si el proceso no hubiera comenzado, no habría lugar a instar la provisión de fondos a través del apremio judicial; el procurador sólo contrae el deber de pagar los gastos que se causen a su instancia una vez que se ha iniciado el proceso, por lo que si el poderdante no le hubiera provisto del dinero necesario para comenzar, sencillamente no debería presentar la demanda; si, legalmente no tiene la obligación de presentar la demanda, el ordenamiento tampoco le amparará para obtener los fondos. Por otra parte, si el proceso ha concluido, obviamente los gastos ya se habrán realizado, de modo que no se trataría de proveer de fondos, sino de pagar al procurador las cantidades que su representado le adeude, con lo que nos situamos en la esfera del proceso privilegiado del art. 34.

En segundo lugar, para la viabilidad de este proceso de provisión de fondos, se requiere que la parte no haya entregado al procurador los necesarios para continuar el proceso donde se van a producir los gastos, de forma que, cuando el anticipo inicial se hubiera agotado, el procurador deberá pedir a su poderdante por cualquier medio que le entregue las cantidades suplementarias para afrontar los futuros desembolsos.

Por la propia esencia y estructura de este proceso especial, no parece que sea el cauce idóneo para exigir a la parte los gastos suplidos por el procurador pues, si bien se mira, el ámbito de aplicación del proceso especial del art. 34 no se extiende sólo a la cuenta final que el procurador le pueda presentar a su poderdante, sino que se refiere a cualquier cantidad que éste “le adeude por los derechos y gastos que hubiere suplido para el asunto”.

El problema estaría cuando se diera una doble pretensión del procurador: por un lado, que exige provisión de fondos para gastos futuros y, por otra, que reclama los adelantos suplidos como consecuencia de su deber de satisfacer los gastos que se hubieran causado a su instancia. Dada la dinámica de los dos procesos, parece aconsejable tramitarlos por separado, pues las

consecuencias procesales de la oposición y de la incomparecencia del deudor en la provisión de fondos parece que exigen ambas una decisión judicial que valore la petición del procurador, en tanto que, presentada la cuenta de derechos y gastos del procurador, si no existe se formula oposición por el representado, se dará paso directamente al apremio por la cantidad debida.

#### b) Legitimación

Como se advierte por la simple lectura del art. 29.2, la regulación que contiene el precepto es muy deficiente, por lo que resulta imprescindible extenderse en variadas cuestiones faltas de toda previsión normativa.

Este proceso especial y privilegiado se ha de iniciar por una solicitud del procurador que esté precisamente interviniendo en representación de una de las partes litigantes en un proceso pendiente. Como quiera que el contenido de la pretensión que se puede deducir es la obtención de una cantidad de dinero para hacer frente a los gastos futuros del proceso, está legitimado solamente el procurador y no sus herederos, como sucede en la jura de cuentas del art. 34, pues éstos no podrán intervenir en el proceso ni tendrán que hacer frente a los gastos si fallece el procurador, ya que en ese caso cesa la representación (art. 30.1.3º).

La solicitud se debe dirigir, en todo caso, frente a su poderdante moroso, a la persona física capaz, al representante legal del menor o incapacitado, o a la persona jurídica o ente sin personalidad; ellos son los que tienen la obligación de habilitar con los fondos necesarios al procurador. Cuando fueran requeridos para ello e incumplieran la obligación (el art. 1728.I CC dispone que “el mandante tiene el deber de anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato”), podrá presentarse esta solicitud e iniciar así este procedimiento especial.

#### c) Solicitud

La solicitud puede presentarse directamente, sin necesidad de abogado, aunque específicamente no venga así reconocido en la LEC. Esta excepción se infiere de la propia naturaleza de este procedimiento, inserto en un proceso en curso en el que viene actuando el procurador y en donde su intervención se reduce a la presentación de la solicitud; por otra parte, cabría aplicar lo previsto, *a contrario sensu*, para el abogado en el proceso de reclamación de honorarios del art. 35, en donde no parece exigible que haya de comparecer por medio de procurador; no obstante, para intervenir a lo largo del procedimiento de reclamación sería necesario obtener la habilitación previa del Colegio de Abogados, como exige el art. 17.5 del EGAE, y siempre que el procurador sea licenciado en derecho (por su parte, el 17.4 EGPT permite a los colegiados ejercientes ostentar conjuntamente su propia representación y defensa cuando reúnan los requisitos exigidos por las leyes, siempre que hubiesen sido habilitados previamente por el Colegio de Abogados).

La solicitud del procurador ha de presentarse precisamente ante el órgano judicial que esté conociendo del asunto, es decir, el Juzgado o Tribunal donde se esté sustanciando la instancia o el

recurso extraordinario. En efecto, como el objeto del proceso especial de provisión de fondos es obtener una cantidad de dinero para poder hacer frente a los gastos que en lo sucesivo deriven del proceso, y dado que la interposición de los recursos no resulta una actuación procesal obligatoria aunque la resolución sea desfavorable a la parte que el procurador representa, el cometido del procurador terminaría en la instancia en que se encuentre el proceso principal, y la petición sólo podría alcanzar a los gastos estimados en esa instancia o recurso extraordinario.

Esta solicitud, que la LEC no ha querido denominar demanda, debe contener la pretensión de provisión de fondos que, naturalmente, se ha de fundar en la falta de entrega de la cantidad de dinero que el procurador hubiera solicitado al poderdante. En la solicitud, aunque no lo exija la ley, se ha de hacer constar la cantidad que se calcula y los conceptos que han de atenderse con esos fondos, es decir, se ha de presentar una cuenta estimativa de modo que se solicita la entrega de una cantidad determinada, pues sólo así tendrá el litigante oportunidad y posibilidad de aducir lo que convenga a su derecho sobre la falta de provisión, y el juzgador elementos para resolver sobre la pretensión.

Presentada la solicitud, el órgano judicial deberá admitirla salvo por falta de competencia, en este caso, por falta de competencia funcional (art. 62, por extensión), que se concreta en el examen de la condición de procurador y parte en el proceso en que se solicite, y en que las cantidades efectivamente se piden por razón de actuaciones futuras en ese proceso.

#### d) Audiencia al poderdante

Admitida la solicitud se “dará audiencia al poderdante por el plazo de diez días”. Aquí se agota la previsión legal, que exige, por supuesto, entenderla como una audiencia por escrito; sin embargo, la norma presenta no pocas dificultades interpretativas.

En primer término, debe entenderse que la notificación de esta providencia, que abre la posibilidad de realizar alegaciones, ha de trasladarse al litigante en persona, pues no resulta imaginable que su contendiente, el procurador, se haya de encargar de hacerle llegar la resolución en que se le concede el plazo de audiencia.

En segundo lugar, aunque con carácter general la representación por procurador va unida a la asistencia de abogado, nada se previene sobre la intervención de este profesional, pero no parece que pueda excluirse su asistencia (si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 31) cuando interviene preceptivamente en el proceso donde se han de gastar los fondos que el procurador exige.

En tercer lugar, el contenido de la respuesta del poderdante a esta audiencia podrá dirigirse tanto a la existencia y exigibilidad de la obligación como a su cuantía; pudiendo aducirse cualquier hecho impeditivo, extintivo o excluyente, desde el pago a la inclusión de partidas indebidas o a la cuantía solicitada para cada actuación, o la compensación.



## e) Resolución

Finalizado el plazo de diez días, y haya o no evacuado la audiencia el poderdante, el órgano judicial “resolverá mediante auto lo que proceda, fijando, en su caso, la cantidad que estime necesaria y el plazo en que haya de entregarse, bajo apercibimiento de apremio”.

Así pues, el juzgador queda en libertad para resolver lo que proceda, a la vista de la solicitud y, si se produce, de las alegaciones del poderdante. Esto significa que la decisión judicial es autónoma e independiente de la instancia de la parte a quien representa el procurador y no le adelanta los fondos, de modo que le servirá de elemento para la resolución, pero no viene vinculado por ella, pues ha de controlar de oficio la regularidad de lo pedido por el procurador. Así pues, a diferencia de lo que sucede con la solicitud del proceso monitorio o con los títulos ejecutivos, la LEC otorga aquí un amplio margen a la decisión judicial, de modo que debe examinar, porque conoce el desarrollo del proceso y las actuaciones que ha de realizar el procurador, el ajuste a derecho de la totalidad de la solicitud. En efecto, el resolver “lo que proceda”, como dispone el precepto, tanto comprende acceder a lo pedido por el procurador como considerar que las partidas de la cuenta son indebidas, pues las actuaciones no vienen exigidas por el proceso, o son excesivas.

Si el órgano judicial estima la solicitud del procurador, deberá fijar la cantidad que estime necesaria para que el procurador pueda hacer frente a los gastos del proceso, según su criterio, con lo que puede acceder a lo pedido o rebajar la cantidad señalada por el procurador, lo que revela la importancia del detalle y precisión de la cuenta estimativa que se comprenda en la solicitud o se acompañe con la misma pues, en otro caso, el juez carecería de todo criterio para resolver; de todos modos, esta cantidad no parece que pueda ser superior a la estimada por el procurador, aunque nada especifica la ley.

Asimismo, el órgano judicial deberá fijar un plazo, naturalmente breve por el propio destino y finalidad de las cantidades, para que el poderdante las satisfaga, bajo apercibimiento de apremio.

Si en el plazo concedido el poderdante no paga, se podrá iniciar la vía de apremio, para ejecutar lo dispuesto en el auto, previa presentación de la oportuna demanda ejecutiva con los solos requisitos del art. 549.2, solicitando que se despache ejecución e identificando el auto judicial, sin necesidad de respetar el plazo de los veinte días previsto en el art. 548.

## 11. Artículo 30 LEC

### Artículo 30. Cesación del Procurador.

#### 1. Cesará el Procurador en su representación:

1º. Por la revocación expresa o tácita del poder, luego que conste en los autos. Se entenderá revocado tácitamente el poder por el nombramiento posterior de otro Procurador que se haya personado en el asunto.

Si, en este último caso, el Procurador que viniere actuando en el juicio suscitare cuestión sobre la efectiva existencia o sobre la validez de la representación que se atribuya el que pretenda sustituirle, el tribunal, previa audiencia de la persona o personas que aparezcan como otorgantes de los respectivos poderes, resolverá la cuestión por medio de auto.

2º. Por renuncia voluntaria o por cesar en la profesión o ser sancionado con la suspensión en su ejercicio. En los dos primeros casos, estará el Procurador obligado a poner el hecho, con anticipación y de modo fehaciente, en conocimiento de su poderdante y del tribunal. En caso de suspensión, el Colegio de Procuradores correspondiente lo hará saber al tribunal.

Mientras no acredite en los autos la renuncia o la cesación y se le tenga por renunciante o cesante, no podrá el Procurador abandonar la representación de su poderdante, en la que habrá de continuar hasta que éste provea a la designación de otro dentro del plazo de diez días. Transcurridos éstos sin que se haya designado nuevo Procurador, se tendrá a aquél por definitivamente apartado de la representación que venía ostentando.

3º. Por fallecimiento del poderdante o del Procurador.

En el primer caso, estará el Procurador obligado a poner el hecho en conocimiento del tribunal, acreditando en forma el fallecimiento y, si no presentare nuevo poder de los herederos o causahabientes del finado, se estará a lo dispuesto en el artículo 16.

Cuando fallezca el Procurador, se hará saber al poderdante la defunción, a fin de que proceda a la designación de nuevo Procurador en el plazo de diez días.

4º. Por separarse el poderdante de la pretensión o de la oposición que hubiere formulado y, en todo caso, por haber terminado el asunto o haberse realizado el acto para el que se hubiere otorgado el poder.

2. Cuando el poder haya sido otorgado por el representante legal de una persona jurídica, el administrador de una masa patrimonial o patrimonio separado, o la persona que, conforme a la ley, actúe en juicio representando a un ente sin personalidad, los cambios en la representación o administración de dichas personas jurídicas, masas patrimoniales o patrimonios separados, o entes sin personalidad no extinguirán el poder del Procurador ni darán lugar a nueva personación.

#### 11.1. Concepto

Se regulan en el art. 30 de la LEC las causas por las que cesa el procurador en la representación que venía ostentando en el proceso. Huyendo de todo afán clasificatorio, hay que comprender que el cese del procurador puede producirse por muy diversas razones, que van desde la finalización del proceso a la renuncia o revocación, pasando por el cese en la profesión o la sanción o medida de suspensión, hasta el fallecimiento del poderdante o del procurador.

La ley ha sido cuidadosa en exigir que el procurador, cuando su intervención es preceptiva, esté de modo permanente en el procedimiento, de modo que si cesa por alguna razón debe ser simultánea o inmediatamente sustituido por otro. Si la intervención del procurador no es preceptiva, debe asumir otro la representación de la parte o comparecer el litigante por sí mismo. La ley revela un horror al vacío en la representación, al punto de que en ciertos casos podrá sancionarse, como se dirá, con la renuncia a la acción si se trata del actor o con el apartamiento del proceso si se trata del demandado.

### **11.2. La revocación del poder**

La primera de las causas que regula la ley como determinantes del cese del procurador es la revocación del poder. Al tratarse de una relación jurídica basada en la confianza que el poderdante deposita en el depositario, puede éste revocarlo unilateralmente. Esta revocación, admite la ley, puede ser expresa o tácita.

Para que surta efecto la revocación del poder ha de constar en autos, pues en autos constaba su existencia y su aceptación por el procurador; es la exigencia de que conozca la revocación no sólo el procurador, sino todos los sujetos procesales que hasta entonces le tenían por el representante de la parte procesal.

La revocación expresa es una declaración de voluntad negativa del poderdante, por medio de la cual deja sin efecto el poder otorgado con anterioridad, de modo que debe hacerse en cualquiera de las dos formas previstas para el otorgamiento del poder: o bien ha de ser autorizada por notario o hacerse a través de una comparecencia ante el secretario judicial del órgano en que se sigue el proceso. En este caso, la constancia en autos de la revocación expresa queda por la diligencia que ha de poner el secretario ante quien se hace la declaración; si se confiere el poder ante notario, será preciso aportar la escritura pública al proceso.

Es claro que la revocación, cuando se lleva al proceso para que surta el efecto del cese del procurador, ha de acompañarse del nombramiento de un nuevo procurador, si su intervención no queda excluida por la naturaleza del proceso, sea en la misma escritura pública o en la misma comparecencia ante el secretario, o se haya realizado en otro momento. Si la intervención fuera preceptiva, no puede surtir efecto la revocación si no entra en el mismo momento otro representante de la parte; si la representación fuera facultativa, el litigante podría asumir por sí mismo las actuaciones procesales.

La revocación tácita es la que se infiere, de modo inequívoco y concluyente, de actuaciones del poderdante, que manifiestan su voluntad de dejar sin efecto el apoderamiento anteriormente conferido, sin que la ley haya querido establecer un elenco tasado de supuestos a los que se anude la revocación tácita, de modo que no impediría en principio que se pudiera manifestar de otras maneras.

La constancia en autos de esta modalidad de revocación también es presupuesto para que cese quien venía desempeñando la representación procesal de la parte.

Con todo, señala la ley, como supuesto que revela notoriamente la voluntad de revocación, el nombramiento posterior de otro procurador que se haya personado en el asunto.

Para que se dé esta modalidad de revocación tácita se requiere, en primer lugar, que el nombramiento del nuevo procurador sea posterior, pues si estuviera nombrado antes o al mismo tiempo de quien venía actuando en el proceso, no podría entenderse revocado el poder. En segundo lugar, es preciso que el procurador se haya personado en el asunto, de modo que se exige realizar una actuación positiva para lograr el “desalojo” de su posición del anterior procurador; de esta manera, se deja constancia en autos de la revocación tácita y, desde ese momento, el nuevo procurador asume la representación y cesa el anterior.

Ahora bien, la ley permite al procurador cuyo cese se pretende con esta modalidad de revocación tácita por el simple nombramiento posterior de otro, que “sostenga” su representación. Para ello, le autoriza a suscitar cuestión sobre la efectiva existencia o sobre la validez de la representación que se atribuya al nuevo procurador, lo que abre un incidente que se sustancia con la audiencia del otorgante u otorgantes de los dos poderes para pleitos, esencialmente, para conocer su verdadera voluntad de cambiar de procurador, cerciorarse de la voluntad del poderdante o poderdantes. Buena prueba de ello sería el hecho de que, si en la escritura de poder del nuevo procurador, se contiene al propio tiempo una expresa revocación del poder del anterior, no ha lugar a promover este incidente.

La audiencia del poderdante o poderdantes, a la que se habrá de responder por escrito, no tiene fijado plazo en la ley, aunque por las circunstancias del caso habría de ser breve. Durante la tramitación del incidente habría de cesar, provisionalmente, el procurador que venía actuando y no podría intervenir el nuevo, por lo que la única solución lógica sería la suspensión del proceso, como incidente de previo pronunciamiento.

A la vista de lo alegado por el procurador y lo manifestado por el poderdante, resolverá el órgano judicial por medio de auto.

### **11.3. La renuncia voluntaria o el cese en la profesión**

La segunda de las causas de cese del procurador es la renuncia voluntaria de éste o su cese en el ejercicio de la profesión. De la misma manera que el mandato se acaba por la renuncia del mandatario (art. 1732.3º CC), el procurador cesa en sus funciones cuando renuncia voluntariamente a continuar con el apoderamiento conferido, representando a la parte en un proceso concreto, o bien cuando deja el ejercicio de la profesión, sea por jubilación o imposibilidad física, sea porque la abandone para dedicarse a cualquier otra actividad.

Exige la ley que la renuncia voluntaria del procurador se ponga en conocimiento tanto del poderdante como del órgano judicial. La razón parece evidente, pues la relación jurídica que une

al representante con el representado obliga al primero a cumplir el encargo y, si no lo hace, tendrá que dar a conocer la renuncia a la parte para evitarle ulteriores perjuicios, con independencia de la posible indemnización que el poderdante pudiera exigir al procurador (art. 1736 CC). La comunicación al órgano judicial resulta de la especial situación del procurador en el proceso, pues quien ha sido reconocido durante un tramo del procedimiento como el único que ha intervenido en nombre de una parte, a quien el tribunal no conoce, y pretende abandonar la representación, debe comunicar su apartamiento; pero quizás la razón fundamental para exigirle esta comunicación al órgano judicial de la renuncia voluntaria deba buscarse en que si el procurador se limitara a hacérsela saber a su poderdante, como sucedía en la anterior regulación, aunque se hiciera por conducto judicial (art. 9.º LEC de 1881) y éste no diera respuesta alguna, el procurador se vería imposibilitado entonces para hacer efectiva su renuncia, pues exigía la ley que se acreditara en autos la renuncia y se le tuviera por desistido, sin establecer plazo alguno, de modo que ulteriormente habría de buscar la intervención judicial.

La ley exige que esta doble comunicación se haga con anticipación. Eso significa que el procurador no está facultado para abandonar de forma abrupta la representación por abandono del ejercicio de la profesión o por jubilación por razón de edad, ni tampoco renunciar voluntariamente de improviso al poder aceptado para un proceso concreto, sino que en aras de la defensa de los derechos e intereses de su poderdante, y también de la propia Administración de Justicia, ha de hacerlo ordenadamente, porque viene obligado a prever su abandono, sea de un caso concreto, sea de su total actividad profesional.

Esta previsión viene fijada por la ley en un corto plazo de un máximo de diez días a partir de la comunicación al tribunal –pues en ese momento consta en autos–, habiéndolo hecho saber previa o simultáneamente a la parte. El problema podría surgir de la dificultad o imposibilidad de hallar al poderdante para comunicarle el cese en la representación; en este caso, se debería recurrir a lo dispuesto en el art. 26.2.6º, comunicando al tribunal de manera inmediata la imposibilidad de cumplir esa actuación que tiene encomendada; a la vista de ello, y de las actuaciones que hubiera practicado el procurador, se deberá intentar la comunicación judicial.

Además, es preciso que la comunicación se haga de modo fehaciente, lo que no requiere ajustarse a una forma determinada, pero sí que haya llegado al poderdante sin posible duda, puesto que la comunicación al tribunal, que ha de tenerlo por renunciante, se hará por comparecencia ante el secretario o por escrito presentado en la oficina judicial.

Cuando conste en autos la renuncia o el cese y se le tenga por renunciante o cesante, de modo que se exige del órgano judicial una resolución admitiendo que ésta se ha producido efectivamente, podrá abandonar la representación, pero siempre que se provea a la designación de otro procurador; para ello tiene la parte un plazo de diez días. De todos modos, para no tener indefinidamente vinculado al procurador renunciante al proceso, y hacer ilusoria la renuncia, dispone la ley que pasados los diez días sin haberse producido la designación, se tendrá al renunciante por apartado definitivamente de la representación que venía ostentando.

A partir de ese momento, la parte queda en el proceso sin procurador, con lo que no podrá realizar actuación alguna que exija de su intervención. En tal supuesto, la parte contraria, cuando la intervención de procurador fuera preceptiva, podrá promover una cuestión incidental relativa a la representación del litigante por hechos ocurridos después de la audiencia previa al juicio (art. 391.1º). De estimarse en el incidente la falta de postulación, deberá darse por terminado el proceso anticipadamente si se trata del procurador del actor, sin que resulte claro si esa finalización es un desistimiento o encierra una renuncia a la acción, como considera la ley para el caso de sucesión por muerte cuando los herederos del actor no quieren comparecer; si se trata del procurador del demandado, no podrá realizar ulteriores actuaciones, parándole el perjuicio a que hubiera lugar.

En todo caso, el litigante podría, eso sí, hacer uso del derecho a la designación de un procurador de oficio, como previene el art. 33.2.

Finalmente, recibida la comunicación de renuncia voluntaria o cese en el ejercicio de la profesión, debe acordarse la suspensión del proceso hasta que transcurra el plazo de los diez días para la entrada en el proceso de quien deba sustituir al procurador cesante.

Las anteriores previsiones, sin embargo, no resultan de aplicación a ciertos supuestos de jubilación por incapacidad. Si la incapacidad de continuar la representación se produce por enfermedad repentina o accidente, que le impida al procurador realizar cualquier actuación en el proceso, debe ponerse en marcha el mecanismo previsto en el art. 55 EGPT, de modo que si no se ha designado previamente un sustituto, el Decano del Colegio deberá designar al procurador o a los procuradores que interinamente sustituyan al enfermo hasta que el poderdante resuelva lo que estime oportuno, comunicando dicha designación a los órganos judiciales correspondientes.

Parece necesario que en tales casos, recibida la comunicación, se ordene por un lado la suspensión del proceso y, por otro, que el propio órgano judicial o el Decano del Colegio de Procuradores, haga saber al poderdante el cese del procurador, con los mismos efectos que en caso de fallecimiento, es decir, concediéndole a la parte un plazo de diez días para que proceda a la designación de un nuevo procurador.

#### **11.4. La suspensión en el ejercicio de la profesión**

Cesa también el procurador en la representación que venía ostentando cuando se le suspende en el ejercicio de la profesión. La suspensión puede producirse, bien en el marco de un proceso penal, bien en el de un expediente administrativo sancionador. A pesar de que la ley unifica el tratamiento de esta causa con la renuncia voluntaria, en realidad carece de todo sentido pretender que se trata de supuestos similares pues, como se explica inmediatamente, el apartamiento del procurador se produce de manera distinta en ambos casos.

En primer término, la obligación de comunicación al poderdante y al tribunal que la ley impone al procurador para la renuncia voluntaria, no rigen obviamente cuando se trata del cumplimiento de una sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión. No cabe duda de que el órgano

judicial ha de conocerlo y, con más razón, el poderdante, pues su representante procesal no podrá intervenir en adelante en el proceso, pero no se encomienda al propio procurador esa comunicación. En concreto, la LEC hace responsable de esa comunicación, tanto si se trata de sanción corporativa como penal, al Colegio de procuradores correspondiente, que tiene siempre conocimiento de las sanciones, sea porque él mismo la hubiera impuesto, sea porque la sanción penal o la medida cautelar de suspensión se la comunique el órgano judicial que la hubiere acordado.

De todos modos, el problema estriba en averiguar por parte del Colegio cuáles son los asuntos en los que el procurador está interviniendo con la finalidad de comunicar la suspensión a los diferentes órganos judiciales, lo que puede ser de una extrema dificultad en Colegios en los que exista un elevado número de Juzgados. Así pues, si de cualquier modo llegara a conocimiento del tribunal la suspensión del procurador, se deberá dirigir inmediatamente de oficio al Colegio para recabar confirmación de la noticia.

En segundo lugar, cuando conste en autos la suspensión o expulsión, el órgano judicial deberá notificar a la parte esta circunstancia, salvo que hubiera sido el propio litigante quien la hubiera comunicado al órgano judicial, con el fin de que provea a la designación de otro procurador, para lo que se le concederá un plazo de diez días, aunque no aparece específicamente determinado en la ley.

Sin embargo, la previsión de que el procurador no podrá abandonar la representación hasta que se nombre otro, no resulta de aplicación cuando el cese del procurador responde al cumplimiento de una medida o sanción de suspensión o expulsión, en razón de una infracción muy grave, pues el suspenso o expulsado debe ser inmediatamente apartado de todo proceso en que estuviera interviniendo. En tal caso, desde la constancia en autos de esta causa de cese debe acordarse la suspensión del proceso hasta que, tras la notificación al poderdante, hubiera transcurrido el plazo de los diez días para la entrada en el proceso de quien deba sustituir al procurador cesante.

Transcurrido este plazo sin haberse producido la designación de nuevo procurador, se alzarán la suspensión de las actuaciones y la parte quedará en el proceso sin procurador, por lo que no podrá realizar actuación alguna que exija de su intervención, en cuyo caso la parte contraria, cuando la intervención de procurador fuera preceptiva, podrá promover una cuestión incidental relativa a la representación del litigante por hechos ocurridos después de la audiencia previa al juicio (art. 391.1º), como se ha explicado para la renuncia del procurador.

En todo caso, el litigante también podría hacer uso del derecho a la designación de un procurador de oficio, como se dispone en el art. 33.2.

### **11.5. Fallecimiento de la parte**

Cesa también el procurador por fallecimiento del poderdante. En efecto, como se dispone para el mandato, éste se acaba por la muerte del mandante (art. 1732.3º CC).

Sin embargo, enunciada esta regla general, es lo cierto que la muerte de la parte exige que el procurador realice una inmediata actuación, cual es la de poner el hecho en conocimiento del órgano judicial, acreditando en forma el fallecimiento y presentando nuevo poder de los herederos o causahabientes conferido a él mismo (art. 30.1.3º). Aunque el art. 16.1 parece considerar, como único modo de hacer llegar al tribunal la noticia del fallecimiento, la comunicación del sucesor, es evidente que la información sobre la defunción se la debe facilitar el procurador y, además, la puede suministrar cualquier persona, con lo que se pone en marcha el mecanismo procesal previsto en la ley “cuando la defunción de un litigante conste al tribunal”. La respuesta judicial al conocimiento de la muerte de una parte es la suspensión del procedimiento, concediendo a los herederos en la misma providencia, aunque esta previsión no resulta clara de los términos de la ley, un plazo de cinco días para personarse (art. 16.2).

Si el procurador no presenta el nuevo poder, se estará a lo dispuesto para la sucesión procesal por causa de muerte.

Cuando tenga lugar la desaparición de una persona jurídica, por absorción o por fusión, la sociedad absorbida pierde su personalidad y quien la asume lo hace con todos los derechos y obligaciones de aquélla. Lo propio sucede con la fusión de sociedades en una nueva, en cuyo caso, como dispone el art. 233.1 LSA, de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada (art. 94 LSRL), implica “la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas” y, en el mismo sentido, se pronuncia la legislación de cooperativas (art. 63.3 LCoop). Sin embargo, se debe asimilar la fusión o absorción a los casos de sucesión *inter vivos*, de modo que no puedan servir estas operaciones como medio que facilite el fraude de ley (en la legislación laboral se hace en estos casos responsables solidarios durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión tanto al cedente como al cesionario, art. 44 ET).

#### 11.6. Fallecimiento del procurador

Cesa obviamente la representación del procurador por su fallecimiento, con lo cual desaparece toda posibilidad física de que intervenga en el proceso en cumplimiento de su función profesional. Pero, como es natural, la muerte extingue el apoderamiento que se hubiera conferido al procurador fallecido, pero no el poder cuando éste es múltiple –como suele ser habitual–, en cuyo caso otro de los procuradores designados puede asumir la representación del poderdante con el mismo poder.

Ordena la ley que, cuando fallezca el procurador, se haga saber al poderdante la defunción, a fin de que proceda a la designación de nuevo procurador en el plazo de diez días. Sin embargo, como hemos visto que sucede con otras muchas normas, no especifica sobre quién recae ese deber de dar a conocer al poderdante la muerte del procurador. Se podría entender que es responsabilidad de los herederos del procurador (el art. 1739 CC ordena que los herederos del mandatario pongan el hecho en conocimiento del mandante, y provean entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste). También cabría considerar que es responsabilidad del



Decano del Colegio, puesto que la Junta de Gobierno, a petición de los herederos o del Decano subsidiariamente, debe nombrar a quienes se encarguen de la liquidación del despacho del procurador fallecido (art. 55 EGPT). Sin embargo, pareciera que la norma va dirigida al órgano judicial, y que ha de ser el Juzgado o Tribunal donde se estuviera siguiendo el proceso quien comunicara a la parte el fallecimiento de su procurador, si es que ésta no se hubiera dado por enterada, otorgando de inmediato poder a otro procurador.

A partir de esta notificación judicial empieza a correr el plazo de diez días que concede la ley para la designación de procurador, con suspensión del procedimiento y, transcurrido este plazo sin que la parte lo haya efectuado, se alzarán la suspensión, con los efectos ya examinados en relación con la renuncia voluntaria.

### 11.7. Finalización del proceso

Bajo esta causa del art. 30 se comprenden los supuestos de separación del poderdante de la pretensión o de la oposición que hubiese formulado, así como el haber terminado el asunto o haberse realizado el acto para el que se hubiera otorgado el poder.

Cuando el procurador realiza a el encargo profesional que se le había confiado en el poder, es decir, cuando presta el servicio en que consiste el apoderamiento (como se ordena para el mandato en el art. 1709 CC), la representación finaliza lógicamente, del mismo modo que si el poder se hubiera otorgado para una concreta actuación y ésta hubiera concluido.

Así pues, es la conclusión del encargo, de la actividad procesal del procurador, la que le hace cesar en su representación. Por eso no tiene mucho sentido la previsión de esta norma cuando considera como causas de cese del procurador los actos de disposición de las partes y es imprescindible hacer algunas puntualizaciones.

Parece referirse, sin duda, la ley sólo a la primera instancia y, en ella, únicamente a los casos de renuncia a la acción por parte del demandante (“separación de la pretensión”), o de allanamiento total por el demandado (“separación de la oposición”), aunque si el allanamiento tiene lugar en la propia contestación a la demanda no se habrá formulado oposición alguna, y de nada se podrá separar el demandado. En cualquiera de estos casos, la disposición del objeto del proceso no pone fin de inmediato al mismo, sino que después de la presentación de la renuncia o del allanamiento tienen lugar actuaciones procesales en que ha de intervenir el procurador, como sería la notificación de la resolución judicial que aceptara el acto de disposición.

Por tanto, el procurador sólo cesaría en estos supuestos cuando finalice el proceso, de modo que las dos primeras previsiones “la separación del poderdante” se embeben en la terminación del asunto. Tal cosa sucedería en los casos de desistimiento del actor, en que se produce el cese del procurador cuando la resolución judicial pone fin al proceso. Lo propio puede decirse del desistimiento de los recursos, con lo que el juez pondrá fin al proceso.

Así pues, pareciera que la previsión normativa de la “separación del poderdante” carece de aplicabilidad y siempre se ha de entender vinculada a una posterior resolución judicial que definitivamente termine el asunto. Sólo en los casos de pluralidad de partes en la misma posición, o de pluralidad de recurrentes puede tener sentido esta norma, aunque sea preciso aguardar también a una resolución judicial para terminar la actuación de la parte y, por eso mismo, de su procurador. En efecto, un interviniente litisconsorcial puede defender su posición procesal aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa (art. 13.3.I); es decir, aunque se haya salido del proceso y su procurador haya finalizado con su actuación profesional. Del mismo modo, cuando haya varios recurrentes y alguno de ellos desistiere, la resolución recurrida no será firme en virtud del desistimiento, pero se tendrán por abandonadas las pretensiones que fueren exclusivas de quienes hubieren desistido (art. 450.2).

### **11.8. Los cambios en los representantes de las personas jurídicas**

El apartado 2 del art. 30 regula un supuesto particular de incidencia que puedan tener los ceses de las personas físicas que, como representantes de los entes morales, otorgaron en su momento el poder al procurador y son sustituidos con posterioridad.

Al considerarse el otorgamiento del poder como un acto de la entidad y no un acto de su representante, cuando haya sido conferido por quienes deben comparecer legítimamente por los entes morales, se trate del representante legal de una persona jurídica, del administrador de una masa patrimonial o patrimonio separado, o de la persona que, conforme a la ley, actúe en juicio representando a un ente sin personalidad, los cambios en la representación o administración de dichas personas jurídicas, masas patrimoniales o patrimonios separados, o entes sin personalidad no extinguen el poder del procurador ni dan lugar a nueva personación, pues el poder subsiste válidamente.

Claro es que, por su propio carácter, los nuevos representantes pueden revocar, pura y simplemente, el poder conferido con anterioridad, u otorgar un nuevo apoderamiento, que supondría la revocación tácita del anterior pero, entretanto, el poder otorgado surte todos los efectos.

A esta misma solución llega la jurisprudencia, incluso en las sociedades en liquidación, pues la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, cesando únicamente la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, lo que en modo alguno implica la nulidad de las obligaciones contraídas con anterioridad (STS 14.3.1998).

Regulando este supuesto de cambio en las personas que ostenten la representación orgánica de las personas jurídicas y entes morales, ha omitido la ley la regulación de los cambios que pueden producirse en la representación de las personas físicas, de los menores o incapacitados. Cuando el procurador representa a un menor o a un incapaz, y se produce un cambio de representante legal, o alcanza la mayoría de edad o se le reintegra en la capacidad, el procurador continuará

interviniendo en el proceso salvo que se produjera una revocación expresa o tácita del poder. Así lo reconoció la STS 1.4.1997 con arreglo a la anterior LEC, en la que se reconocía que “la genuina titular del derecho es la menor, su representante legal es su madre, su procurador el que madre designó con poderes bastantes y éstos no se extinguen con la mayoría de edad, salvo que la hija ya mayor, los revocara”. La solución, apuntada por algunos, del cese del procurador automáticamente con el cambio de representante legal carece de sentido y debe aplicarse el mismo principio que la ley establece para las personas jurídicas.

## 12. Tabla de sentencias citadas

### *Tribunal Supremo*

<i>Tribunal</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 3ª, 17.6.2005	RJ 2005\5532	Pedro González Poveda	<i>Luz, Marisol, Paula, Ernesto, Félix, Gregorio e Imanol c. Consejo General de los Procuradores de los Tribunales de España</i>
STS, 1ª, 14.3.1998	RJ 1998\1488	Pedro González Poveda	<i>Javier y Mª Luisa c. “Auto Gisa, S.A.”</i>
STS, 1ª, 1.4.1997	RJ 1997\2725	Jesús Marina Martínez-Pardo	<i>Margarita c. José María</i>

# La intervención y designación del abogado y los procesos de jura de cuentas (Arts. 31 a 35 LEC)

Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil

**Víctor Moreno Catena**

Universidad Carlos III de Madrid

**Amaya Arnaiz Serrano**

Universidad Carlos III de Madrid

326

## Sumario

1. Artículo 31 LEC
  - 1.1. La dirección técnica del abogado. Regla general
  - 1.2. Excepciones
  - 1.3. La actuación por medio de abogado en la ejecución forzosa
2. Artículo 32 LEC
  - 2.1. Ámbito de aplicación y contenido
  - 2.2. Intervención facultativa de abogado y procurador
  - 2.3. El principio de igualdad: la comunicación a la parte contraria
  - 2.4. La asistencia jurídica gratuita requerida por el tribunal
  - 2.5. El contenido de la condena en costas
3. Artículo 33 LEC
  - 3.1. Designación de abogado y procurador por el litigante
  - 3.2. Designación de abogado y procurador de oficio
    - a) Asistencia jurídica gratuita
    - b) Petición de la parte
4. Artículo 34 LEC
  - 4.1. La reclamación de los derechos y suplidos del procurador
  - 4.2. El proceso privilegiado de reclamación
    - a) Concepto y naturaleza
    - b) Competencia
    - c) Legitimación
  - 4.3. Desarrollo del proceso
    - a) Solicitud
    - b) Requerimiento de pago
    - c) Posturas del requerido
    - d) Resolución y efectos
5. Artículo 35 LEC
  - 5.1. La reclamación de los honorarios del abogado
  - 5.2. El proceso privilegiado de reclamación
    - a) Competencia y partes
    - b) Solicitud y requerimiento de pago
    - c) Posturas del requerido
    - d) Resolución y efectos
6. Tabla de sentencias
7. Bibliografía

## 1. Artículo 31 LEC

### Artículo 31. Intervención de Abogado.

1. Los litigantes serán dirigidos por Abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Abogado.

2. Exceptúanse solamente:

1º. Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta mil pesetas y la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley.

2º. Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones. Cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al Abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible.

#### 1.1. La dirección técnica del abogado. Regla general

El abogado, como director técnico del proceso, es el profesional a quien la parte confía la defensa de los derechos o intereses que se cuestionan en el proceso. La relación jurídica que le une a la parte es la de un contrato de arrendamiento de servicios (regulado en los arts. 53 a 56 Estatuto General de la Abogacía; en adelante, EGA), en virtud del cual el abogado asume la dirección del litigio, lo que se pone de manifiesto en la firma de los escritos<sup>1</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, y a diferencia de lo que sucede cuando se trata de la representación por medio de procurador, como se señaló al comentar el art. 23<sup>2</sup>, la exigencia de la dirección del proceso mediante un abogado se establece teniendo en cuenta la pericia de la parte, de modo que si el litigante tiene la suficiente capacidad legal para el ejercicio de la abogacía, podrán habilitarse en el Colegio de Abogados y ejercer la profesión sin necesidad de pertenecer a un Colegio, cuando se trate de defender en juicio derechos propios o de parientes en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 20 EGA).

La LEC establece como regla general que la actuación en juicio se haga bajo la dirección de un abogado legalmente habilitado, salvo en los supuestos en que la parte pueda actuar por sí misma, y no por ninguna otra persona o profesional (art. 32 LEC).

La habilitación del abogado ha de ser, precisamente, para actuar ante el tribunal que conozca del juicio, aunque eso no le impide practicar su profesión fuera de aquél mediante una simple

---

<sup>1</sup> En relación con la interpretación del contrato de servicios que une al abogado con su cliente y, particularmente, sobre las obligaciones y honorarios que de dicha relación se derivan, véase la STS 1ª, 19.1.2005 (RJ 2005\116).

<sup>2</sup> Véase MORENO CATENA, "Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La postulación procesal: Arts. 23 a 30 LEC", *InDret* 4/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 7 y 8.

comunicación al Colegio del lugar donde se pretenda ejercer y, de este modo, intervenir en cualesquiera de las actuaciones que se practiquen fuera del lugar donde se siga el proceso. Posibilidad contemplada desde el [Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia de mercados de bienes y servicios](#), cuyo art. 39.1 modificó en este sentido la redacción del art. 3.2 de la [Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios profesionales](#), con el propósito de poner fin a las barreras que limitaban los beneficios de la colegiación única. Previsión que hoy se encuentra contemplada en el art. 17.2 EGA, que dispone que “para actuar profesionalmente en el ámbito territorial de cualquier otro Colegio diferente de aquel al que estuviere incorporado, no podrá exigirse al abogado habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que se exijan habitualmente a los colegiados del Colegio donde vaya a intervenir”.

El precepto objeto de nuestro análisis se encuentra comprendido en el Libro I de la LEC, que lleva por rúbrica “De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles”, luego debe ser aplicable, no sólo a cualquier actuación que se deba realizar ante los tribunales del orden civil, sino también a todas las que se deban llevar a cabo ante los tribunales de cualquier otro orden jurisdiccional, dado el carácter supletorio que la propia LEC se atribuye (art. 4).

Así pues, en todos los procesos, ordinarios o especiales, que no estén exceptuados por la propia LEC o en leyes especiales, es necesario actuar bajo la dirección técnica de un abogado.

Finalmente, señalar que la LEC hace especial referencia, curiosamente, a la necesidad de intervención del abogado en las actuaciones escritas, disponiendo que “no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Abogado” (art. 31.1 *in fine*) y, en cambio, nada dice respecto de su actuación preceptiva durante las actuaciones orales, lo que resulta paradójico si se tiene presente que uno de los mayores logros de esta Ley fue la introducción del principio de oralidad para la sustanciación de los procesos civiles.

## 1.2. Excepciones

La LEC, en atención a la gran diversidad de objetos procesales, por la variedad de los tipos de procedimiento que se regulan para sustanciarlos y teniendo siempre presente que la postulación técnica implica un coste considerable para los justiciables, exceptúa de esa regla general de la intervención preceptiva de abogado algunos procesos y actuaciones, y permite la intervención personal del litigante ante el tribunal para la defensa de sus derechos e intereses, aunque carezca de conocimientos jurídicos.

Esta posibilidad no debe ser entendida, en ningún caso, como una prohibición, sino como una facultad de la parte litigante, pues será ésta, en última instancia, la que valore la procedencia o no de su actuación en el proceso con asistencia de un abogado.

Por tanto, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley, los litigantes pueden actuar por sí mismos, sin la dirección técnica de un abogado, solamente en los siguientes supuestos:

a) En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros (art. 31.2.1º).

Esta primera excepción legal sólo comprende las pretensiones que se sustancian por los cauces del juicio verbal y, precisamente por razón de la cuantía, excluye de la dirección letrada obligatoria los procesos en que la demanda no supere los aludidos 900 euros.

Las mismas razones que se expusieron al analizar el art. 23.2.1<sup>03</sup> son las que se deben tener presentes para entender que la excepción legal para comparecer sin abogado no comprende todos los juicios verbales, cualquiera que sea la razón por la que la pretensión se sustancie por este procedimiento, pese a que la cuantía no exceda de 900 euros.

Si la excepción a la regla general de asistencia técnica de abogado obedece tanto a la simplicidad del procedimiento como del objeto del litigio, es lógico pensar que, pese a que el juicio verbal admite la tramitación de pretensiones, no sólo atendiendo a la cantidad litigiosa (demandas de cuantía inferior a 900 euros, art. 250.2), sino también en atención a la materia objeto del litigio (art. 250.1), la sencillez que fundamenta esta excepción sólo se puede predicar de los juicios verbales que se sigan por razón de la cuantía, siendo buena prueba de ello que sólo en ellos se admite la utilización de impresos normalizados de demandas de conformidad con lo previsto en el art. 437.2, lo que indica que el propio actor puede cumplimentar el impreso en el que se contiene su demanda dada la sencillez del litigio. Luego la excepción contemplada en el art. 31.2.1º, que excluiría la actuación de profesionales del derecho, se debe entender referida únicamente a los procesos sobre reclamaciones de cantidad, pero no a demandas de otras materias cuyo valor o cuantía no exceda de la aludida y, por consiguiente, se tramiten a través del juicio verbal.

Por tanto, para decidir todas las pretensiones que siguen los trámites del juicio verbal por razón de la materia, de acuerdo con el art. 250.1, cualquiera que fuera la cuantía litigiosa, se exige que las partes actúen dirigidas por un abogado.

Esta excepción, dado que no se especifica nada en la LEC, debe alcanzar, no sólo a la primera instancia, sino también a los recursos que se interpongan, incluidos los de apelación y el recurso extraordinario por infracción procesal, si es que algún día llega a adquirir vigencia tal como está concebido.

No obstante, es cierto que la actuación de un litigante que carezca de conocimientos jurídicos y de experiencia práctica ante una Audiencia o ante un Tribunal Superior de Justicia (si es que se implanta el nuevo recurso extraordinario), sin la intervención profesional del abogado, puede resultar una solución poco aconsejable, no ya para el funcionamiento de la justicia, sino esencialmente para la defensa de los propios litigantes. Sin embargo, la regla terminante del art.

---

<sup>3</sup> Véase MORENO CATENA, "Comentarios prácticos a la Ley de enjuiciamiento Civil. La postulación procesal: Arts. 23 a 30 LEC", *InDret* 4/2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), pp. 8 y 9.



31 no autoriza para sostener la intervención obligatoria de estos profesionales en las vías de impugnación, de modo que, cuando se trate de un juicio verbal por razón de la cuantía y ésta no exceda de 900 euros, en cualquier grado o momento puede el litigante actuar por sí mismo, incluso aunque hubiera utilizado los servicios de los profesionales del derecho en otro momento procesal, pues no debe olvidarse que se trata, en todo caso, de una facultad de la parte.

b) Para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en la LEC (art. 31.2.1º).

Esta segunda excepción encuentra su fundamento en las mismas razones que las expuestas para el juicio verbal; aquí la LEC permite que el solicitante en los procesos monitorios, para la sola presentación de la solicitud inicial, lo haga sin necesidad de intervención de abogado, opción legislativa que se reitera en las normas reguladoras de este proceso especial (art. 814.2).

Ciertamente, para la actuación material de presentar la solicitud no resulta imprescindible la presencia de un profesional técnico, sobre todo cuando en el proceso monitorio se pretende proporcionar un medio simplificado de protección del crédito, que en la mayoría de los casos se decidirá sobre la base de la sola solicitud ante la falta de comparecencia del demandado. Precisamente en aras de allanar o posibilitar la intervención, en estos casos la LEC también permite la utilización de formularios o impresos que simplifiquen el cumplimiento de los requisitos exigidos (art. 814.1).

Sin embargo, esta opción legislativa fue el centro de las críticas de la abogacía en el momento de la aprobación de la LEC, por considerar que la presentación de la solicitud, que es la base del juicio ejecutivo, exige atención y estudio técnico, de modo que se podría perjudicar el derecho del solicitante si no se presenta con el debido rigor, lo que según los pronunciamientos de los abogados sólo se lograría por medio del asesoramiento letrado.

La excepción a la intervención obligatoria de abogado, como de procurador, se establece con independencia de la cuantía reclamada, que en el proceso monitorio puede ascender hasta los 30.000 euros.

Admitida la petición, las ulteriores actuaciones se deberán realizar con la dirección de abogado, salvo que la cuantía reclamada no exceda de 900 euros, en cuyo caso el litigante podrá actuar por sí mismo.

c) Los escritos que tengan por objeto personarse en el juicio (art. 31.2.2º).

Aunque se trata de una norma de arrastre histórico, no tiene otro sentido que exceptuar de la firma de abogado aquellos escritos a través de los cuales se pretende la mera personación de la parte, *verbi gratia* en un recurso, que es evidentemente la función genuina del representante, del procurador, razón por la cual basta con la firma de éste.

d) Cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio (art. 31.2.2º).

Las diligencias y actuaciones que puedan instarse con anterioridad a la presentación de la demanda son bien diversas y la norma no las concreta, sino que adopta, como único criterio justificativo para excepcionar la intervención de abogado, la urgencia de la medida, de donde no basta con la precedencia a la demanda si no va acompañada de la existencia y justificación de la urgencia.

La falta de concreción de esta previsión deja abierto un enorme campo de actuación en torno a todo tipo de diligencias y actuaciones que puedan solicitarse antes de la presentación de la demanda, que es el acto procesal con el que se pone en marcha el proceso, sin establecer en principio modulaciones o excepciones.

No obstante, el hecho de que se haga referencia a medidas o diligencias que se realicen cronológicamente antes de comenzar el proceso, pone de relieve que el único criterio justificativo que se impone para autorizar la comparecencia personal del litigante es la urgencia de la medida, de donde no basta con la precedencia a la demanda si no va acompañada de la existencia y justificación de su urgencia.

Por consiguiente, la aplicación del art. 31.2.2º no sólo exige que se trate de medidas previas al juicio, sean diligencias preliminares (art. 256), diligencias de anticipación de prueba (art. 293) o de aseguramiento de la prueba (art. 297), medidas cautelares (art. 730.2), o medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771), sino que se requiere que, en su adopción, concorra el carácter de urgencia que justificaría la excepción a la postulación técnica.

Dicha perentoriedad se requiere específicamente para la solicitud de medidas cautelares previas (urgencia o necesidad) y se desprende de la solicitud de efectos y medidas en los procesos matrimoniales (art. 771.2). En cambio, la urgencia no siempre está presente en la prueba anticipada o en el aseguramiento de la prueba, así como en las diligencias preliminares, de modo que en todos los casos es exigible la alegación y la justificación de la urgencia para exonerar la solicitud de la medida de la intervención del procurador.

La excepción lo es a los solos efectos de presentar la solicitud, en razón de la urgencia, luego no podrán entenderse comprendidas las actuaciones que pretendan la pura tramitación de las medidas o actuaciones pues, como se reconoce en el art. 771.1, para todo escrito o actuación posterior en el incidente de medidas matrimoniales previas, el solicitante debe comparecer con abogado y procurador, y esta prevención habrá de hacerse al demandado para acudir a la comparecencia que se convoque (art. 771.2).

Por consiguiente, si la urgencia justifica la actuación personal en dicho momento, no se permitirá continuar la tramitación de la causa sin el abogado, salvo que en el procedimiento principal en donde la medida se inserta tampoco fuera preceptiva su intervención.

e) Los escritos que tengan por objeto pedir la suspensión de vistas; sin embargo, cuando la suspensión de la vista o de las actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible (art. 31.2.2º).

En aquellos casos en que se trate de presentar un escrito de mero trámite y de escasa complejidad, como es la suspensión de vistas, la Ley no precisa la autorización del abogado, de modo que puede realizarlo el procurador, cuando intervenga, o la parte, si comparece por sí misma.

Las vistas únicamente podrán ser suspendidas en los estrictos supuestos contemplados en el art. 188. Entre las causas de suspensión que se refieren especialmente al abogado están los supuestos del art. 188.1.5º y 6º: muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta del abogado, suficientemente justificadas, y tener dos señalamientos de vista para el mismo día en distintos tribunales, siempre que se acredite que se intentó un nuevo señalamiento. En este último caso, y cuando fuera posible en los supuestos anteriores, el abogado tendrá que firmar el escrito por el que se pide la suspensión de la vista.

f) En el “nuevo juicio ejecutivo” siempre es preceptiva la asistencia y representación técnicas, aunque la cuantía de la deuda sea inferior a 900 euros (en cualquier caso, siempre deberá ser superior a 300 euros, *summa executionis* mínima del título exigida en el art. 520).

g) En los actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada que no excedan de 2.400 euros (arts. 4.5º y 10.3º), así como en los actos de conciliación (arts. 4.1º y 10.1º) – que siguen en vigor hasta la promulgación de la anunciada y esperada Ley de la jurisdicción voluntaria –, y en la presentación de la solicitud de declaración de herederos abintestato, cuando el valor de los bienes de la herencia no exceda de 2.400 euros (art. 980), todos ellos de la LEC de 1881, que se han declarado vigentes hasta la aprobación de la anunciada y esperada Ley de jurisdicción voluntaria (Disp. Derog. Única.1ª aptdo. II).

h) En los procesos en que se ejercite el derecho de rectificación, de acuerdo con la [Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación](#).

El art. 6 de la Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación establece que la acción que se ejercite para obtener la rectificación de informaciones inexactas y perjudiciales se tramitará conforme a lo establecido para los juicios verbales y se formalizará mediante escrito, sin necesidad de abogado ni de procurador, tal y como señala su art. 5.I.

Por consiguiente, como la LEC de 2000 no derogó esta disposición y mantiene que las demandas que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales se decidirán en juicio verbal (art. 250.1.9º), parece que también se debe mantener el carácter facultativo de la intervención de abogado y procurador en esos procesos.

### 1.3. La actuación por medio de abogado en la ejecución forzosa

Pese a que el art. 31, como ya mencionamos, se inserta dentro del Libro I, que contiene disposiciones generales y comunes para todos los procesos, desde luego para todos los del orden civil, es cierto que, en el Libro III, "De la ejecución forzosa", se regula de modo específico la postulación en este tipo de procesos.

El sistema de postulación procesal en el proceso de ejecución viene regulado en el art. 539.1 LEC, siguiendo un régimen similar al previsto para el proceso de declaración, de modo que la regla general será que, en todos los casos, tanto el ejecutante como el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador.

No obstante, la LEC admite una excepción, referida estrictamente a la ejecución de resoluciones judiciales, en cuyo caso no será necesaria la dirección de abogado cuando en el proceso donde hubiere recaído la sentencia de condena no fuera ésta preceptiva.

En principio, por tanto, para la ejecución de las resoluciones recaídas en los juicios verbales de cuantía inferior a 900 euros no se exige la asistencia de abogado, con independencia de que la hubiera utilizado la parte en el proceso de declaración. Tampoco se precisa la dirección técnica en la ejecución de lo ordenado en los actos de jurisdicción voluntaria aludidos ni en los actos de conciliación, así como en los procesos de rectificación de informaciones inexactas y perjudiciales, ni tampoco en las medidas previas urgentes, con independencia en este caso de que en el proceso principal resulte obligatoria.

Sin embargo, para la ejecución de resoluciones derivadas de procesos monitorios sin oposición, siempre que la deuda sea superior a 900 euros, se requiere la postulación profesional con carácter obligatorio, con lo que la amplia excepción para presentar la solicitud del proceso monitorio por la propia parte, sin límite de cuantía, se ve más reducida en el momento de la ejecución forzosa de la sentencia que se dicte en tales casos.

## 2. Artículo 32 LEC

### Artículo 32. Intervención no preceptiva de Abogado y Procurador.

1. Cuando, no resultando preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, el demandante pretendiere comparecer por sí mismo y ser defendido por Abogado, o ser representado por Procurador, o ser asistido por ambos profesionales a la vez, lo hará constar así en la demanda.
2. Recibida la notificación de la demanda, si el demandado pretendiera valerse también de Abogado y Procurador, lo comunicará al tribunal dentro de los tres días siguientes, pudiendo solicitar también, en su caso, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En este último caso, el tribunal podrá acordar la suspensión del proceso hasta que se produzca el reconocimiento o denegación de dicho derecho o la designación provisional de Abogado y Procurador.
3. La facultad de acudir al proceso con la asistencia de los profesionales a que se refiere el apartado primero de este artículo corresponderá también al demandado, cuando el actor no vaya asistido por Abogado o Procurador. El demandado comunicará al tribunal su decisión en el plazo de tres días desde que se le notifique la demanda, dándose cuenta al actor de tal circunstancia. Si el demandante quisiera entonces valerse también de Abogado y Procurador, lo comunicará al tribunal en los tres días siguientes a la recepción de la notificación, y, si solicitare el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se podrá acordar la suspensión en los términos prevenidos en el apartado anterior.
4. En la notificación en que se comunique a una parte la intención de la parte contraria de servirse de Abogado y Procurador, se le informará del derecho que les corresponde según el artículo 6.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, a fin de que puedan realizar la solicitud correspondiente.
5. Cuando la intervención de Abogado y Procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquél en que se ha tramitado el juicio, operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el apartado tercero del artículo 394 de esta Ley.

#### 2.1. Ámbito de aplicación y contenido

En este precepto —ciertamente extenso— se recogen esencialmente cuatro disposiciones relativas a los procesos y actuaciones en que se excepciona la obligatoriedad de la asistencia y representación técnicas de conformidad con los arts. 23 y 31. En primer lugar, se prevé que, en los casos exceptuados de postulación, no se impide a las partes que puedan hacer uso de los servicios de dichos profesionales. En segundo término, se dispone que, en el proceso civil, se debe respetar escrupulosamente el principio de igualdad de armas, para lo cual será preciso hacer saber a la

parte contraria que el litigante pretende utilizar los servicios de los profesionales de la postulación. En tercer lugar, se establece que la asistencia jurídica gratuita se extiende también a requerimiento del tribunal a aquellos casos en que sea facultativa la postulación. Y, en cuarto y último lugar, se previene que la condena en costas en estos procesos y actuaciones no comprenderá todas las partidas que, de ordinario, integran las costas.

## **2.2. Intervención facultativa de abogado y procurador**

Naturalmente, las excepciones a la intervención preceptiva de procurador que represente a la parte o de abogado que la defiende (arts. 23.2 y 31.2), no impiden que también en estos procesos, o en concretas actuaciones, puedan intervenir estos profesionales si la parte desea contar con ellos.

Por tanto, la LEC permite al litigante –tanto al actor como al demandado– que, en estos casos excluidos de postulación preceptiva, y sólo en ellos, componga como considere oportuno su asistencia y representación en el proceso, con la única limitación de que la defensa sólo puede asumirla un abogado y, la representación, un procurador. De este modo desaparece toda posibilidad de intercambiar las funciones de ambos profesionales y de permitir que uno de ellos asuma, además, el cometido procesal del otro. Por consiguiente, salvo habilitación para el caso concreto, nadie que no sea abogado puede defender a un litigante ni quien no sea procurador puede representar a otro.

Por ello, en los supuestos excluidos de la postulación obligatoria por los profesionales del derecho, la parte tiene hasta cuatro posibilidades diversas para la composición de su litigio. En primer lugar, puede intervenir sin el apoyo de ningún técnico; en segundo lugar, puede comparecer por sí misma, sin procurador, pero asistida por un abogado; en tercer lugar, puede ser representada por procurador sin necesidad de que intervenga abogado y, finalmente, puede optar por utilizar los servicios de ambos, compareciendo por medio de procurador y siendo dirigida por un letrado.

## **2.3. El principio de igualdad: la comunicación a la parte contraria**

a) Ahora bien, en estos procesos y actuaciones, en los que no es preciso comparecer por medio de procurador y ser defendido por abogado, como tal intervención podría llegar a provocar una notable desigualdad de los litigantes, según hayan hecho uso o no del sistema de postulación, la LEC dispone que, en dichos procesos, si la parte pretende utilizar los servicios profesionales de postulación, lo habrá de comunicar al órgano judicial para que éste lo haga saber al litigante contrario, permitiéndole de este modo reaccionar e intervenir con las mismas armas que el otro, evitando de este modo cualquier tipo de indefensión.

De esta manera, el demandante que pretendiera hacerse asistir de procurador, de abogado o de ambos, lo debe hacer constar así en la demanda pues, de este modo, el demandado tendrá noticia de esta circunstancia en cuanto se le dé traslado de la misma.

La LEC exige que esta circunstancia conste de forma expresa en la demanda, lo que puede parecer una mención inútil si el escrito lo presenta un procurador y lo autoriza un abogado, de modo que revele por sí mismo que el demandante está ejerciendo la facultad de utilizar profesionales del derecho. Sin embargo, como la demanda va dirigida a un lego, que no tendría en principio necesidad de acudir a un abogado ni a un procurador, parece preferible que en todo caso se haga constar en la misma que va a intervenir la parte con postulación técnica, para prevenir así cualquier suerte de desigualdad entre las partes.

Esta exigencia se debe aplicar desde luego a la demanda, pero no a los escritos que no precisan autorización del abogado, ni a la comparecencia en los juicios universales para presentar títulos o acudir a juntas, así como cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio pues, en todos estos casos, se trata de actuaciones concretas, que entran inmediatamente en el régimen general de postulación. Sin embargo, debe la parte hacer constar que utilizará los servicios de procurador y abogado en la solicitud del proceso monitorio, sobre todo si la cuantía no excede de 900 euros pues, si fuera superior, las restantes actuaciones debería realizarlas con asistencia de abogado y representación de procurador. Asimismo, y hasta que contemos con la Ley de jurisdicción voluntaria —que parece hacerse esperar más de lo que resultaría prudente o debido—, en la papeleta de conciliación, o en el escrito inicial del acto de jurisdicción voluntaria en donde no sea preceptiva la postulación técnica, la parte que pretenda valerse de los profesionales del derecho deberá hacerlo constar en dicho escrito inicial.

b) Cuando el demandante manifestara su voluntad de litigar con el auxilio de los técnicos, si el demandado pretendiera valerse también de abogado y procurador, lo comunicará al tribunal en los tres días siguientes. Esta comunicación del demandado no parece tener mucho sentido, sobre todo si la designación la realiza el propio litigante y, desde luego, no parece que se le pueda impedir que comparezca a la vista representado y asistido cuando el contrario anunció ya en su demanda que pretendía hacerlo en esa forma, por el mero hecho de que dejara transcurrir el plazo de tres días para comunicarlo al órgano judicial. El único beneficiado con esta comunicación del demandado es el demandante pues, si aquél no manifiesta su voluntad de acudir representado por procurador y asistido por abogado, éste puede optar por desistir entonces de valerse de sus servicios.

c) Cuando el demandante nada ha hecho constar en la demanda sobre el ejercicio de su facultad de utilizar a los profesionales de la postulación, es decir, cuando el actor se presenta por sí mismo al proceso, puede sin embargo el demandado asumir la iniciativa de comparecer con la asistencia de abogado y la representación de procurador.

Esta decisión la deberá comunicar al tribunal en el plazo de tres días desde que se le notifique la demanda —lo que ahora tiene plena justificación—, con el fin de que se dé cuenta al actor por si, en ese caso, quiere valerse de representante y defensor técnico.

Con frecuencia se mantiene que, en este caso, se produce una desigualdad insubsanable pues, mientras el actor no contó con la asistencia técnica para preparar su demanda, y ya carece de término hábil para volver sobre ella, el demandado se coloca en una posición ventajosa en el momento de plantear su propia defensa. Aunque formalmente el argumento parece impecable, se trata de una desigualdad más formal que real pues, cuando se analizan los procesos en los cuales se puede actuar sin apoyo técnico, los requisitos de la demanda y las actuaciones que siguen, es posible matizar la tacha de desigualdad. En primer lugar, porque se trata de juicios verbales o de procesos especiales que se sustancian por esta vía y, después de la demanda, el siguiente acto procesal que las partes han de realizar es su intervención en la vista del juicio oral. En segundo lugar, porque el demandante habrá presentado un impreso cumplimentado o una demanda sucinta, que deberá fundamentar en la vista del juicio, entonces con asistencia de abogado, con lo cual se palia la desigualdad que cabe apreciar formalmente. Y, en tercer lugar, si la demanda se presentó en la forma ordinaria, bien puede en esa vista, dadas las circunstancias, extenderse la parte en las consideraciones que estime convenientes, sin llegar a rozar la *mutatio libelli* proscrita por la ley. Por consiguiente, como el actor tiene oportunidad de intervenir en el proceso antes de que el demandado haya planteado cuestión alguna, puede decirse que la posible desigualdad queda sensiblemente atenuada, cuando no desaparece por completo.

d) Cuando el demandado ha comunicado al tribunal su intención de comparecer con asistencia y representación letradas, se comunicará al actor para que, si entonces quiere, pueda hacerse asistir del abogado y procurador en adelante. En ese caso, si el actor pretende valerse de estos profesionales, deberá a su vez presentar al tribunal una comunicación en ese sentido en los tres días siguientes, lo que carece de justificación, como antes se sostuvo en relación con el demandado, cuando el actor manifiesta en la demanda que intervendrá a través de postulación técnica.

#### **2.4. La asistencia jurídica gratuita requerida por el tribunal**

Pese a que por la actuación o por el proceso de que se trate, no sea preceptiva la postulación, la LEC permite que la parte contraria que decida valerse de abogado y procurador –para garantizarle la igualdad de armas– solicite el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Con este propósito, en el acto en que se comunique a una parte la intención de la contraria de servirse de abogado y procurador, se le informará al tiempo del derecho de solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Dicha solicitud puede hacerla el demandado, cuando el actor hubiera hecho constar en la demanda su pretensión de ser dirigido técnicamente, representado o acudir asistido de ambos profesionales. Pero también puede formular esta solicitud de asistencia jurídica gratuita el actor, si es que no la hubiera obtenido con anterioridad, cuando es el demandado quien, en el plazo del art. 32.4, comunique al órgano judicial su decisión de hacerse valer de abogado y procurador.



Cuando el demandado o el actor, en sus respectivos casos, solicitaran el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se suspenderá el proceso hasta que se produzca el reconocimiento o denegación, o la designación provisional de abogado y procurador.

## 2.5. El contenido de la condena en costas

En todos estos supuestos en los que no es preceptiva la postulación, no se incluirá en la condena en costas la partida de honorarios del abogado y derechos del procurador, como regla general (art. 32.5).

En principio, la parte se ha servido de ellos, no porque la ley lo imponga, sino porque de ese modo entiende el litigante que se defienden mejor sus derechos, todo ello pese a que se trate de uno de los pocos procesos en que el propio legislador ha considerado que esta asistencia no era necesaria, que la parte podría por sí sola obtener la tutela judicial efectiva, sin contar con los profesionales de la postulación.

Luego, la condena en costas del litigante que inicialmente no tenía intención de requerir la postulación técnica no incluirá, como regla general, los honorarios de los profesionales utilizados por la contraparte que requirió postulación cuando ésta no era preceptiva. Además, si el litigante contrario carece de recursos económicos suficientes, se le podrá designar de oficio abogado y procurador, con lo que estaría exento de abonar los honorarios y derechos causados en su defensa y representación, así como los de su contrario, conforme a la regla general del precepto comentado.

Sin embargo, esta regla se excepciona en dos casos: en primer lugar, cuando el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas, supuesto en el que aquél que actuó de aquella manera deberá hacer frente a estas partidas en su totalidad. En el supuesto de que la temeridad se apreciase en un litigante con el beneficio de asistencia gratuita, éste correrá con los gastos de abogado y procurador de la contraparte siempre y cuando venga a mejor fortuna en los tres años siguientes a la terminación del proceso [art. 36.2 LAJG, véanse también la STS, 1ª, 31.5.1995 (RJ 1995\4102) y AAP Girona 8.10.1998 (AC 1998\8763)]. En segundo lugar, el litigante condenado en costas también deberá satisfacer los honorarios del abogado –cantidad que, en este caso, no podrá exceder de la tercera parte de la cuantía del proceso (art. 394.3)— y los derechos del procurador, cuando el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquél en que se ha tramitado el juicio, pues la asistencia y representación en este caso no se produce por un afán en la defensa de los derechos, que la Ley considera excesivo por la cuantía del asunto, sino por la necesidad derivada de la lejanía del domicilio de la parte del lugar del juicio.

### 3. Artículo 33 LEC

#### Artículo 33. Designación de Procurador y de Abogado.

1. Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del Procurador y del Abogado que les hayan de representar y defender en juicio.

2. No obstante, el litigante que no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita podrá pedir que se le designe Abogado, Procurador o ambos profesionales, cuando su intervención sea preceptiva o cuando, no siéndolo, la parte contraria haya comunicado al tribunal que actuará defendida por Abogado y representada por Procurador.

Estas peticiones se harán y decidirán conforme a lo dispuesto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, sin necesidad de acreditar el derecho a obtener dicha asistencia, siempre que el solicitante se comprometa a pagar los honorarios y derechos de los profesionales que se le designen.

#### 3.1. Designación de abogado y procurador por el litigante

Del mismo modo que sucede con la relación que une al procurador con el poderdante, que está basada en la confianza, la que mantiene la parte con el abogado ha de encontrar su fundamento también en la confianza de que su asistencia será la que mejor defiende sus derechos e intereses y permita triunfar en el proceso la posición y la tesis de este litigante.

Por tanto, la designación del abogado que defiende a la parte y la del procurador que la representa se debe hacer, esencial y primariamente, por el litigante, es decir, por el defendido y representado, que ha de mantener sendas relaciones contractuales, de arrendamiento de servicios (arts. 52 y 54 EGA) y de mandato (arts. 27 LEC y 1.709 y ss. CC) con ambos profesionales, quienes se obligan a cumplir los deberes que tanto sus respectivos Estatutos como la legislación civil y procesal vigente les imponen.

#### 3.2. Designación de abogado y procurador de oficio

Por diferentes motivos, en todos los casos no llega la parte a designar al procurador que la debe representar y al abogado que la debe defender. Dos son las razones que se recogen en la Ley: bien porque no pueda satisfacer los derechos y honorarios de estos profesionales, bien porque no conozca a ningún procurador o abogado habilitados para actuar ante el órgano judicial en donde deba seguirse el proceso. Es precisamente a estos problemas a los que pretende hacer frente el art. 33.

##### a) Asistencia jurídica gratuita

Cuando el litigante, sea futuro actor o haya sido demandado, carezca de recursos económicos para pleitear, tiene derecho a la justicia gratuita, como dispone el art. 119 CE. En tales casos, de

acuerdo con lo dispuesto en la [Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita](#) (en adelante, LAJG), entre otras cosas, y como consecuencia del reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, se le designará abogado y procurador de oficio siempre que la intervención de estos profesionales sea legalmente requerida o, cuando no siéndolo, fuera expresamente solicitada por el juez o tribunal para garantizar la igualdad de las partes en el proceso (art. 6.3 LAJG), pues el principio de igualdad a estos efectos se debe de traducir tanto en la supresión de desigualdades materiales que impidan el derecho de acción como en lograr que la situación de las partes en los procesos esté equilibrada (COLOMER HERNÁNDEZ).

#### b) Petición de la parte

Además de este supuesto, la Ley previene que, cuando alguno de los litigantes no consiga designar abogado o procurador y su intervención sea preceptiva o, no siéndolo, la parte contraria haya comunicado al tribunal que actuará defendida por abogado y representada por procurador, lo pueda pedir ante el Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados del lugar en que se halle el órgano judicial que haya de conocer del proceso, o ante el juzgado del domicilio del solicitante de la defensa y representación de oficio (art. 9.1 [Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita](#)). Una vez examinada la solicitud, el Colegio de Abogados procederá a la designación de un profesional integrado en sus listas de colegiados habilitados para prestar el turno de oficio (art. 25 LAJG).

La LEC parece excluir la posibilidad de solicitar la designación de oficio de estos profesionales tanto al actor futuro, en los procesos en que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, como al demandado, en los mismos procesos, cuando el actor no manifieste que se va a valer de ellos. Aunque probablemente sea en contadas ocasiones cuando se produzca esta objeción, lo cierto es que la solución legal no se puede compartir ni entender. La norma parece referirse únicamente a los supuestos en que el litigante no ha contratado al abogado o procurador sencillamente porque no conoce a ninguno que, en la localidad, pueda asumir su defensa o representación, por lo cual se provee a dotarle de los servicios de estos profesionales. Por tanto, parece que al legislador no le mueve una simple cobertura del requisito de la postulación cuando sea preceptiva, sino la satisfacción efectiva del derecho de defensa. Precisamente por ello, porque de lo que se trata no es de suplir simplemente un ¿presupuesto o requisito? formal, sino de atender al derecho de defensa, la Ley debiera haber extendido esta facultad del órgano judicial para preservar también dicho derecho cuando el litigante pretenda contar con una postulación técnica, aunque ésta no fuera obligatoria, sin necesidad, por tanto, de que la parte acuda a los respectivos Colegios profesionales.

En segundo lugar, la designación de oficio de abogado o procurador prevista en esta norma sólo se hace cuando el litigante no tenga derecho a la justicia gratuita pues, en tales casos, se seguirán los trámites establecidos en la LAJG.

Finalmente, se hace referencia en este precepto a que el litigante se debe comprometer a pagar los honorarios y derechos de los profesionales que se le designen. Estos derechos económicos serán,

en todo caso, los correspondientes a las actuaciones practicadas (art. 27 *in fine* LAJG) sin que, bajo ningún concepto, puedan ser retribuidos con cargo a los fondos públicos (art. 30 LAJG).

#### 4. Artículo 34 LEC

##### Artículo 34. Cuenta del Procurador.

1. Cuando un Procurador tenga que exigir de su poderdante moroso las cantidades que éste le adeude por los derechos y gastos que hubiere suplido para el asunto, presentará ante el tribunal en que éste radicare cuenta detallada y justificada, manifestando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame. Igual derecho que los Procuradores tendrán sus herederos respecto a los créditos de esta naturaleza que aquéllos les dejaren.

2. Presentada la cuenta, se mandará que se requiera al poderdante para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación.

Si, dentro de dicho plazo, se opusiere el poderdante, el tribunal examinará la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada y dictará, en el plazo de diez días, auto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al Procurador, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación.

El auto a que se refiere el párrafo anterior no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior.

3. Si el poderdante no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta, más las costas.

##### 4.1. La reclamación de los derechos y suplidos del procurador

En el art. 23 LEC se establece que, a falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el procurador, regirán las normas contenidas para el contrato de mandato en la legislación civil. Así pues, de conformidad con los preceptos que regulan el mandato (arts. 1.709 y 1.711.II CC), cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera este contrato, se presume la obligación de retribuirlo. Precisamente, ésta es la situación en que se desempeña el apoderamiento, de modo que el poderdante deberá satisfacer al procurador los derechos devengados por su actividad profesional en el proceso, en nombre y por cuenta de la parte litigante.

Pero, junto a la remuneración por sus servicios profesionales, el art. 26.2.7º LEC impone al procurador el deber de abonar todos los gastos que se causen a su instancia –obligación contemplada también en el art. 14.4 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales– sin que, una vez aceptado el poder e iniciado el proceso, se permita por la Ley que el procurador lo abandone por falta de provisión de fondos ni que deje de abonar los gastos que se causen con motivo de su actividad procesal, de modo que no puede omitir actuaciones o excusar su intervención en las actuaciones debidas, por lo que deberá incluso adelantar los fondos si no ha logrado obtenerlos por la vía que permite el art. 29. Naturalmente, si el procurador se ha visto

obligado a adelantar cantidades necesarias para el proceso, el poderdante debe reembolsarlas, como obliga la ley al mandante (art. 1.728.II CC).

#### 4.2. El proceso privilegiado de reclamación

##### a) Concepto y naturaleza

Estas dos pretensiones, el cobro de los derechos por su actuación profesional en el proceso y la recuperación de los fondos que el procurador hubiera suplido a su poderdante, también en el seno de las actuaciones procesales, podrán ser reclamadas a través de un procedimiento privilegiado que se regula en el art. 34, con el que se intenta, expeditivamente, obtener una suma de dinero devengado precisamente con ocasión del proceso a favor del procurador.

En este precepto se ha mantenido el tradicional proceso privilegiado contemplado en el art. 8 LEC de 1881 y dirigido a obtener del poderdante el pago de los derechos y de las cantidades suplidas por el procurador. Dicho proceso fue objeto, en su día, de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por dos juzgados que consideraban que atentaba contra la igualdad en cuanto concedía un cauce privilegiado para la satisfacción de determinados créditos, a saber, los de procuradores (art. 8 LEC de 1881) y de abogados (art. 12 LEC de 1881).

Esta tacha de inconstitucionalidad fue resuelta —aunque no sin ciertas objeciones— mediante la STC 110/1993, de 25 de marzo, que disponía que “el procedimiento del art. 8 de la LECiv al que se remite el art. 12 contiene un procedimiento, ciertamente no desarrollado, de naturaleza ejecutiva para hacer efectivos de forma sumaria y expeditiva los créditos derivados de la actuación profesional en un determinado proceso y dentro del mismo de Procuradores y Abogados que, como necesarios cooperadores de la Administración de Justicia (así se califican expresamente en el Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial), están sometidos por dicha Ley, por la LECiv y por sus respectivos Estatutos, a una serie de deberes, obligaciones y responsabilidades tendentes al correcto desarrollo del proceso y sin cuya colaboración no sólo se resentiría gravemente el normal funcionamiento del mismo, sino que resultarían de imposible cumplimiento las garantías de efectividad y defensa que impone la Constitución a la tutela judicial”.

Precisamente, esa peculiar función que desarrollan tanto procuradores como abogados en torno a la Administración de Justicia, y en un procedimiento concreto, justifica el trato privilegiado en el cobro de los créditos contraídos con ocasión del proceso y en atención a ello. Continúa diciendo la mencionada sentencia que “en todos estos casos es el proceso mismo donde las deudas se producen y en el que consta la realidad de las mismas, lo que constituye la justificación objetiva y razonable que permita el trato diferente respecto de otra clase de deudas. Pero es que, además, y según ya hemos dicho, en los procedimientos de jura de cuentas no se trata de proteger intereses subjetivos o personales en provecho de los profesionales legitimados para promoverlos, sino de que las obligaciones que como cooperadores con la Administración de Justicia han cumplido

dentro del proceso, tengan dentro del mismo el cauce adecuado para reintegrarse de los gastos y contraprestaciones correspondientes a dicha cooperación”.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que concurren motivos objetivos y razonables que permiten justificar este tipo de procedimientos especiales como contrapartida a las funciones de colaboración con la Administración de Justicia que desempeñan, por lo que no cabe tacharlos de inconstitucionales por atentar contra el art. 14 CE, en la medida en que ni constituyen un privilegio otorgado con carácter general a procuradores y abogados en atención a estas profesiones, ni tampoco amparan cualquier tipo de crédito contraído con los mismos sino, única y exclusivamente, aquellos devengados en concepto de gastos anticipados y de trabajos realizados dentro del proceso en el que han actuado.

No obstante, el Tribunal Constitucional no puede dejar de reconocer que “ciertamente el art. 8 de la LECiv, por su parquedad, merecería del legislador un mayor desarrollo procedimental para evitar las dudas que, como después veremos, ha producido en su aplicación, en sus actuales términos no está desprovisto de unas exigencias procesales que han permitido a la doctrina calificar el procedimiento del art. 8 como de un «proceso en miniatura»”. Pese a que, como continúa diciendo, “esta adecuación a la Constitución de las normas legales, cuando sea posible, obliga al juzgador a no excluir en la aplicación o interpretación del art. 8 de la LECiv, por escuetas que sean sus previsiones, las garantías que, dentro de lo que dispone el precepto, permitan al deudor requerido la defensa de la que, «en ningún caso» (art. 24.1 CE), puede ser privado. La interpretación del art. 8 de la LECiv conforme a la Constitución es, no sólo posible, sino que, como ya hemos dicho, resulta de las propias exigencias y requisitos que establece el precepto para su aplicación”<sup>4</sup>.

La LEC mantiene este procedimiento especial si bien, y pese a las advertencias del Tribunal Constitucional, no ha logrado regular con el detalle y concreción esperados algunos aspectos procedimentales importantes. Sin embargo, se introduce un cambio radical en la concepción de este proceso pues, mientras en la vieja Ley se instauraba un verdadero proceso de ejecución, en el que se entraba sobre la base de la cuenta presentada por el procurador, que daba paso al apremio, en la actualidad se diseña un proceso declarativo especial y sumario, con predominante función ejecutiva, aunque no parece que se pueda considerar un verdadero proceso de ejecución.

Los trámites procesales son muy simples – hasta tal punto que el propio Tribunal Constitucional, en la mencionada sentencia 110/1993, habla de “proceso miniatura” –, pues se sustancia a partir de la cuenta que presente el procurador, con lo cual se requerirá al poderdante para que la pague o la impugne y, si lo hace, el órgano judicial examinará la cuenta, las actuaciones y la documentación aportada y determinará la cantidad a abonar. Si el poderdante no se opone, se abrirá inmediatamente la vía de apremio.

---

<sup>4</sup> La constitucionalidad de este tipo de procedimientos ha sido reiterada posteriormente por, entre otras, las SSTC 184/2000; 72/1998; 12/1997; 79/1996; 167/1994 y 157/1994.

Pues bien, de este esquema puede colegirse que la presentación de la cuenta del procurador no se reconoce como verdadero título de ejecución, ya que no da lugar por sí misma a actividad ejecutiva alguna, sino a un requerimiento de pago. Incluso si se ha formulado oposición, tampoco se inician actuaciones ejecutivas después de haber fijado el juzgador la cantidad a que ascienda la deuda del poderdante, sino que se le concede un plazo para el pago.

Tampoco se establece límite ni se tasan las causas en las que el poderdante deba fundamentar su impugnación, de modo que podría basar su negativa a atender el requerimiento en cualquier motivo que afecte a la validez e, incluso, a la existencia de la deuda que el procurador reclama, por cualesquiera hechos que guarden inmediata relación o que sean ajenos al proceso. Por tanto, en este proceso se pueden discutir con amplitud los diferentes aspectos de la deuda que reclama el procurador e, incluso, de las relaciones entre ambos. Este proceso se encamina, en realidad, a conseguir rápidamente una resolución judicial que sea título de ejecución, a partir del cual se produzca el apremio judicial a la parte obligada al pago.

En principio, es verdad que este proceso se asemeja tanto al “nuevo juicio ejecutivo” – entendiéndolo que la cuenta funcionaría como un título “ejecutivo extrajudicial” –, como al proceso monitorio – pues se entra en él por la petición del procurador fundada en la cuenta que presente y reclamando una suma de dinero vencida, líquida y exigible, y se le requiere para que pague o se oponga. Sin embargo, tal y como ha quedado regulado, se trata de un proceso *sui generis*, pues la cuenta del procurador no se asimila en la LEC a los títulos ejecutivos extrajudiciales, lo que daría lugar al despacho de la ejecución y, al propio tiempo, le alcanzaría la tasa de excepciones de los arts. 557 a 559. Tampoco se estructura como el proceso monitorio pues, si el poderdante se opone, no finaliza el proceso y se remite a las partes al declarativo ordinario, con una resolución que pasa en autoridad de cosa juzgada; y, en este proceso de protección del crédito del procurador, el órgano judicial entra en el fondo y fija la cantidad debida, en su caso, careciendo esta resolución de eficacia de cosa juzgada (STC 110/1993).

#### b) Competencia

La competencia para conocer de este proceso se atribuye, según dispone la Ley, al tribunal en que radicare el asunto; es decir, al órgano judicial que esté conociendo del proceso o donde se encontraran las actuaciones en el momento en que se presentara la cuenta. Como quiera que en los autos debe haber constancia de las actuaciones a que se refieren los derechos y suplidos, el órgano judicial competente para conocer de este procedimiento es aquel donde radiquen los autos.

#### c) Legitimación

c.1) Este proceso especial y privilegiado se establece, exclusivamente, para la defensa del crédito del procurador derivado de su actuación procesal, de forma que no se permite en él la reclamación de cualquier otro crédito que el procurador tenga, incluso basado en el ejercicio de la profesión por actuaciones a favor del mismo poderdante.



La legitimación activa para promoverlo se atribuye, como manifestación del privilegio profesional, solamente al procurador que hubiera intervenido en representación de una de las partes litigantes en un proceso.

No obstante, la Ley también ha extendido la legitimación activa para litigar en estos procesos a los herederos del procurador [(ATS, 3ª, 2.4.2001 (RJ 2001\3289)].

c.2) La cuenta se presentará y el proceso se debe dirigir contra el deudor, es decir, contra el poderdante o sus herederos, con independencia del estado del proceso y de la situación procesal de la parte. Por consiguiente, como la Ley no distingue y el proceso pretende una tutela eficaz del crédito del procurador, la cuenta se puede presentar tanto si el proceso se encuentra en tramitación como si ya se ha dictado sentencia firme.

También hay que decir que puede instarse la reclamación por esta vía, no sólo cuando el procurador esté interviniendo efectivamente en un proceso, sino incluso cuando hubiera cesado la representación: cuando la parte hubiera fallecido y se dirija la reclamación contra los herederos —entren éstos o no en el proceso como sucesores—; cuando el poderdante se hubiera apartado del proceso; cuando hubiera revocado expresa o tácitamente el poder; o cuando el propio procurador hubiera renunciado a la representación o cesara en el ejercicio de su profesión. Asimismo, puede instarse cuando el procurador hubiera fallecido, entonces por sus herederos, como la ley autoriza.

#### **4.3. Desarrollo del proceso**

##### **a) Solicitud**

Aunque en la LEC no venga así reconocido, la solicitud puede presentarse directamente, sin sujetarse a forma alguna y sin necesidad de abogado. Esta solicitud, que la LEC no ha querido denominar demanda, debe contener la pretensión de pago de dinero que se deduce que, naturalmente, se debe fundar en la cuenta detallada y justificada, pero que es independiente de ésta, pues el poderdante habrá satisfecho seguramente parte de los derechos del procurador. Luego, en la solicitud se debe hacer constar la cantidad precisa que se reclama (el procurador ha de manifestar “que le son debidas y no satisfechas las cantidades” que resulten de la cuenta “y reclame”, art. 34.1).

Debe presentarse necesariamente, junto con la solicitud, la cuenta que tiene que ser detallada, lo que exige desglosar los diferentes conceptos, sean derechos o suplidos, y las partidas a que cada uno de los conceptos correspondan. Además, éstos deberán estar justificados, es decir, se tendrán que acompañar de los documentos que acrediten o justifiquen la reclamación y que el desembolso fuera efectivamente realizado en el caso de tratarse de gastos suplidos [AATS, 3ª, 9.10.2000 (RJ 2000\8695) y 28.11.2000 (RJ 2000\10284)], de modo que se puedan conocer las causas de la misma y su alcance.

Por tanto, la cuenta del procurador es la pieza fundamental de este proceso pues, a partir de ella, como consideró el Tribunal Constitucional, en su sentencia 110/1993, el litigante tendrá la oportunidad y posibilidad de aducir lo que convenga a su derecho sobre la deuda, contando por su parte el juzgador con elementos suficientes para resolver sobre la pretensión.

Una vez presentada la solicitud, el órgano judicial deberá admitirla si cumple los presupuestos de competencia y legitimación, y reúne los requisitos necesarios, de modo que las cantidades se piden efectivamente por razón de actuaciones realizadas en ese proceso (STC 225/1999).

Aunque no lo especifique la Ley, puesto que el tribunal deberá examinar la cuenta en el momento de dictar el auto determinando la cantidad por la que se apremia al deudor – con independencia de las alegaciones que éste pudiera hacer –, parece obvio que deberá depurar la cuenta ya en este primer momento procesal. En este sentido, el ATS, 1ª, 10.2.2000 (RJ 2000\1758) señala que “el tribunal antes de ordenar el requerimiento de pago, puede excluir de oficio aquellas partidas que no se reflejen en los autos”.

#### b) Requerimiento de pago

Una vez que se haya presentado la solicitud con la cuenta, se “mandará que se requiera al poderdante para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación” (art. 34.2). Así pues, la alternativa que se ofrece a la parte es simple: o paga o se opone.

El requerimiento se debe hacer al propio poderdante demandado en persona, aunque nada obstaría a que se le hiciera llegar a través de su procurador, si es que fuera persona distinta del reclamante, en el caso de que éste ya hubiera cesado en su representación por cualquier causa y el proceso estuviera aún pendiente.

#### c) Posturas del requerido

c.1) En primer lugar, si el requerido paga en el plazo concedido, se pondrá fin al procedimiento con archivo de las actuaciones.

c.2) La segunda de las posturas que puede adoptar el litigante requerido es la de no pagar ni oponerse, en cuyo caso se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta, más las costas (art. 34.3).

En este caso, el proceso especial para reclamar derechos y suplidos funcionará como un proceso monitorio, ya que no hay título ejecutivo ni despacho de ejecución a partir de la primera solicitud, sino cuando se desatiende el requerimiento de pago, en el cual se le brinda al deudor, aquí el litigante, la doble oportunidad de pagar u oponerse.

c.3) En tercer lugar, el requerido puede oponerse, postura que ya había reconocido la citada STC 110/1993 (FJ 6) pues, de acuerdo con el art. 24.1 CE, al deudor no se le puede impedir de una manera absoluta “hacer las alegaciones que estime pertinentes en relación con las exigencias previstas en dicho precepto pues si bien en él no se desarrolla una regulación del procedimiento, sí establece unos presupuestos que, por ser necesarios para su apertura, han de ser verificados de oficio por el juzgador”. Además, se produciría indefensión si se repelieran, como pone de relieve el propio TC, “hasta las más justas causas de oposición a pretexto del carácter privilegiado del procedimiento, extendiendo así el principio *solve et repete* a supuestos que irían más allá de lo que el principio exige como mecanismo de intimación judicial y no de coacción arbitraria e injusta que en ningún caso podría darse en una decisión judicial respetuosa con las garantías constitucionales del art. 24”.

En este precepto se contempla, como alternativa contenida en el propio requerimiento, que el deudor pague o impugne la cuenta. Esta impugnación se puede hacer a partir de lo dispuesto en la propia norma, que exige al procurador que manifieste las cantidades que le son debidas y no satisfechas.

Por tanto, de una parte, la oposición del litigante se puede basar en que la cuenta incluye partidas indebidas; en que esas cantidades no corresponden a actuaciones efectivamente practicadas; en que se trató de actuaciones que excedieron del ámbito del poder conferido al procurador o, en su caso, en que la cuantía consignada en la reclamación no se corresponde con el arancel.

De otra parte, la oposición se puede fundar en que las cantidades reclamadas fueron ya satisfechas, alegando la extinción de la obligación por alguna de las causas admitidas en derecho, señaladamente el pago.

Sin embargo, nada dice la Ley sobre el contenido y la amplitud de la oposición, por lo que se plantea el problema de su posible limitación a ciertas causas (la reiterada STC 110/1993 aludía ya al pago, a la prescripción y a otras alegaciones semejantes), o entender que permite abarcar tanto a cualquier medio de defensa procesal que impida la tramitación del proceso, como a la oposición material o de fondo, que niegue la deuda, la haya extinguido o la excluya.

Como este proceso no es un juicio ejecutivo, de acuerdo con las previsiones de la LEC, que modifica sin duda la naturaleza de título ejecutivo que confería la LEC de 1881 a la cuenta del procurador (véase la STC 79/1996, de 20 de mayo), la oposición del deudor no puede ser oposición a la ejecución de títulos extrajudiciales, sencillamente porque la cuenta del procurador no es un título ejecutivo, ni la ejecución se ha despachado en ese momento procesal, por lo cual no cabe limitar la oposición a las causas establecidas en el art. 557 para el “nuevo juicio ejecutivo”.

Por tanto, las posibilidades del poderdante son realmente ampliar, puesto que el contenido de su respuesta frente al requerimiento se podrá dirigir tanto a cuestiones procesales como de fondo y,

en ella, a la existencia y exigibilidad de la obligación como a su cuantía, pudiendo aducirse cualquier hecho impeditivo, extintivo o excluyente.

#### d) Resolución y efectos

Fuera del supuesto del pago, en que nada hay que resolver, la Ley exige que, cuando el poderdante no se oponga o formule oposición, recaiga una resolución judicial, de diferente contenido.

a) Cuando el litigante no se opusiere ni pagare, el art. 34.3 dispone que se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta, más las costas. Pues bien, aunque de la literalidad de esta norma se pudiera considerar que el juzgador deberá dictar el auto despachando la ejecución con vinculación estricta a lo pedido por el procurador, de modo que el auto se debe corresponder con la cuenta, de las facultades que se le confieren para examinar tanto la cuenta como las actuaciones procesales y la documentación aportada, parece que puede extraerse una solución contraria.

La naturaleza de este proceso, que resulta un híbrido entre un juicio ejecutivo, un proceso monitorio y un proceso declarativo, permite precisamente una actividad cognoscitiva del juez, que le faculta para rechazar el automatismo del despacho de la ejecución, desde luego cuando el órgano judicial advierta falta de presupuestos procesales o cuando la cuenta contenga cantidades derivadas de actuaciones que no se realizaron, que se realizaron fuera del proceso o que no estaban autorizadas por el poder, o cantidades que sobrepasan las fijadas en el arancel<sup>5</sup>.

En tales casos, determinará en el auto despachando la ejecución la cantidad que haya de satisfacerse al procurador, ordenando el embargo de los bienes del deudor, si fueran conocidos, o las medidas de localización y averiguación de los mismos, conforme previene el art. 553.1.3º y 4º.

b) Cuando, en el plazo de los diez días del requerimiento, el poderdante se opusiere, el órgano judicial habrá de examinar la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada y dictará auto en el plazo de diez días.

Por consiguiente, con la oposición que formule el poderdante, el órgano judicial debe resolver teniendo a la vista la solicitud del procurador, con las justificaciones y los documentos que haya presentado, así como la oposición del demandado, con sus justificaciones y documentos, sin otra sustanciación, con lo cual finaliza la fase declarativa.

Esta solución legal, en la que por encima de todo parece primar la rapidez, se podría haber completado con una audiencia, repercutiendo sin duda en la obtención de una resolución más ajustada a derecho, tras el conveniente debate procesal, que además habría dado mayor

cumplimiento a las exigencias de adecuación de este procedimiento especial al art. 24 CE, tal como requería el Tribunal Constitucional al analizar la constitucionalidad de este tipo de procesos<sup>6</sup>.

Con los referidos elementos, el juzgador dictará auto resolviendo el proceso; este auto puede desestimar la oposición, total o parcialmente, o bien estimarla, absolviendo al poderdante, en este caso, con imposición de costas al procurador.

En el primer supuesto, cuando el auto estime la solicitud, se limitará a determinar la cantidad que se deba satisfacer al procurador, a la vista de las actuaciones, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación. Por lo tanto, tampoco con este auto se despacha ejecución, es decir, se da lugar a actividades ejecutivas, pues tal actividad sólo se produce si el deudor no paga en los cinco días concedidos y el acreedor la insta (HERRERO).

Luego, el juzgador determina la cantidad de acuerdo con lo que resulte de la alegación del procurador y del poderdante, y de las aportaciones documentales que se hayan realizado, examinando incluso los autos, de modo que, a diferencia de lo que sucede con la solicitud del proceso monitorio o con el juicio ejecutivo, el juzgador tiene un amplio margen de apreciación.

Este auto, cualquiera que sea su contenido, es decir, absuelva al poderdante o fije una cantidad igual o menor a la solicitada por el procurador, no es susceptible de recurso alguno, lo que impediría, según todo indica, que se interpusiera siquiera recurso de reposición, entre otras cosas, porque al tratarse de un auto definitivo no se admite este medio de impugnación (art. 451)<sup>7</sup>, sino el recurso de apelación (art. 455)<sup>8</sup>. Otra cosa sería, naturalmente, plantear aclaraciones o adiciones a este auto en los casos en que legalmente resulte procedente.

En último lugar, previene la Ley que la resolución carece de autoridad de cosa juzgada, de modo que “no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en el juicio ordinario posterior” (en este sentido se pronunciaba también la STC 110/1993, de 25 de marzo). Tal disposición ha de significar, necesariamente, que cualquier cuestión, se haya podido discutir o no en este proceso, es susceptible de ser reiterada en un proceso plenario posterior, ya que en el

---

<sup>5</sup> La STC 110/1993 contemplaba ya la posibilidad de que, con carácter previo a la emisión de la orden de pago, el juez examinase de oficio los presupuestos relativos al juez, las partes, el título y el objeto. Véase también el ATS, 1ª, 10.2.2000 (RJ 2000\1758).

<sup>6</sup> También en su STC 157/1994, de 23 de mayo, se advertía que, en los procesos de jura de cuentas, no se vulneraba el derecho de defensa del art. 24 CE si se le daba al deudor la oportunidad de ser oído, poniendo así de manifiesto la necesidad de establecer, por sumario que se pretendiese que fuera el proceso, una audiencia que garantizase la contradicción. En el mismo sentido, véase la STC 20/1997 y la STSJ Madrid 15.10.1996 (AS 1996\3070).

<sup>7</sup> En este sentido, véase el ATS, 4ª, 14.12.1999 (RJ 1999\9829) y la STS, 4ª, 28.1.1998 (RJ 1998\146).

<sup>8</sup> La jurisprudencia menor tiene declarado que la oposición del deudor se articula por la vía de los recursos ordinarios; entre otras, véanse la SAP Valencia 22.9.1994 (AC 1994\1367), AAP Zaragoza 28.2.1995 (AC 1995\371), SAP Cantabria 11.7.1996 (AC 1996\1443) y SAP Cáceres 12.12.1996 (AC 1996\4543). En cualquier caso, en el ATS, 1ª, 15.11.1996 se establece que “las resoluciones dictadas en procesos de «jura de cuentas» no son susceptibles de casación”.

proceso del art. 34 están limitadas las posibilidades de alegación tanto para el actor como para el demandado, así como las posibilidades de impugnación.

## 5. Artículo 35 LEC

### Artículo 35. Honorarios de los Abogados.

1. Los Abogados podrán reclamar frente a la parte a la que defiendan el pago de los honorarios que hubieren devengado en el asunto, presentando minuta detallada y manifestando formalmente que esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos.

2. Presentada esta reclamación, se mandará que se requiera al deudor para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formule impugnación.

Si, dentro del citado plazo, los honorarios se impugnaren por indebidos, se estará a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del apartado segundo del artículo anterior.

Si se impugnaran los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación conforme a lo previsto en los artículos 241 y siguientes, salvo que el Abogado acredite la existencia de presupuesto previo escrito aceptado por el impugnante, y se dictará auto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase dentro de los cinco días siguientes a la notificación.

Dicho auto no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior.

3. Si el deudor de los honorarios no formule oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la minuta, más las costas.

#### 5.1. La reclamación de los honorarios del abogado

Como ya se examinó al analizar el precepto anterior, en nuestro país se cuenta con una tradición jurídica arraigada en la previsión de procesos especiales para tutelar los derechos e intereses de los profesionales del derecho derivados de sus actuaciones ante los tribunales de justicia.

Por tanto, al lado de la jura de cuentas de los procuradores, se ha regulado un proceso semejante para las reclamaciones que los abogados puedan formular contra sus clientes para el cobro de sus honorarios, contemplado hoy en el art. 35 y, anteriormente, en el art. 12 LEC de 1881.

Sin duda se trata de un proceso especial que, en un principio, se concibió como un privilegio profesional, pues la presentación de la cuenta del procurador o la minuta de honorarios del abogado tenía que ser asumida por el juzgador y despachar la ejecución. La vigencia de la Constitución y la asunción de los derechos en ella reconocidos, singularmente, el derecho de defensa, exigió que se matizara de forma importante el concepto tradicional de este proceso, sobre todo tras el pronunciamiento contenido en la ya reiteradísima STC 110/1993, derivada de la resolución de dos cuestiones de inconstitucionalidad, en la que se reconocía la adecuación de este proceso a los derechos contenidos en los arts. 14 y 24 CE, si bien se advertía sobre la escasa y parca regulación de los mismos, advirtiendo de los problemas prácticos que ello ocasionaba. Pese a todo, el Tribunal Constitucional ponía de relieve que “en los procedimientos de jura de cuentas

no se trata de proteger intereses subjetivos o personales en provecho de los profesionales legitimados para promoverlos, sino de que las obligaciones que como cooperadores con la Administración de Justicia han cumplido dentro del proceso, tengan dentro del mismo el cauce adecuado para reintegrarse de los gastos y contraprestaciones correspondientes a dicha cooperación. Por tanto, no sólo existen motivos objetivos y razonables que justifican estos procedimientos, sino que, en realidad, no cabe hablar de que los mismos entrañan privilegios subjetivos que puedan encuadrarse entre las discriminaciones personales que prohíbe el art. 14 de la Constitución”, despejando así cualquier género de dudas sobre su adecuación a la Carta Magna.

El proceso regulado en el art. 35 LEC –como ya expusimos, heredero del tradicional proceso privilegiado de reclamación de honorarios–, pretende tutelar el derecho del abogado para cobrar del litigante los servicios profesionales que le hubiera prestado, precisamente en el proceso en donde se hubieran producido. Se configura de forma prácticamente mimética con el establecido en el art. 34 para el cobro de los derechos del procurador por su actuación profesional en el proceso y la recuperación de los fondos que éste hubiera suplido a su poderdante, de modo que serán inevitables en este comentario las referencias a lo expuesto con anterioridad.

Ni que decir tiene que este proceso, como el del art. 34, se encuentra falto de desarrollo en su tramitación, lo que sin duda está dando lugar a múltiples problemas de aplicación práctica. Al igual que aquél, ha cambiado sustancialmente respecto del que se regulaba en el art. 12 LEC de 1881, pasando a ser ahora un proceso declarativo especial y sumario, con predominante función ejecutiva, y no un proceso de ejecución.

Este proceso se sustancia a partir de la presentación por parte del abogado de una minuta detallada de honorarios, con lo cual se requerirá al deudor para que la pague o impugne la cuenta. En el caso de que impugne los honorarios por indebidos, el órgano judicial examinará la cuenta, las actuaciones y la documentación aportada, y determinará la cantidad. Si, por el contrario, los impugna por excesivos, se oír al abogado y, de no aceptar la reducción, se pasará a dictamen del Colegio. Y, en su caso, si el litigante no se opone, se abrirá directamente la vía de apremio.

Pues bien, parece evidente, como se dijo respecto de la cuenta del procurador, que la minuta de honorarios del abogado no se reconoce como verdadero título de ejecución, ya que no da lugar por sí misma a actividad ejecutiva alguna, sino a un requerimiento de pago. Incluso en aquellos supuestos en los que sí se ha formulado oposición, por indebidos o excesivos, tampoco se inician actuaciones ejecutivas después de haber fijado el juzgador la cantidad a que ascienda la deuda, pues se concede al deudor un plazo para el pago.

Este proceso, como el anterior, se encamina a conseguir rápidamente una resolución judicial que sea título de ejecución, a partir del cual se produzca el apremio judicial a la parte obligada al pago, y se trata, como ya quedó dicho, de un proceso *sui generis* debido a todas sus particularidades.



## 5.2. El proceso privilegiado de reclamación

### a) Competencia y partes

a.1) La competencia para conocer de este proceso se atribuye al órgano judicial donde se esté siguiendo o se haya sustanciado el proceso, porque la esencia de este proceso se encuentra en la reclamación de intervenciones profesionales que precisamente le constan al juzgador, ya que aparecen en los autos.

a.2) Este proceso especial y privilegiado se establece, exclusivamente, para la defensa del crédito del abogado generado por su actuación procesal. Así pues, en el mismo no se permite la reclamación de cualquier otro crédito, incluso derivado del ejercicio de su profesión por actuaciones a favor del mismo cliente.

Se atribuye en exclusiva la legitimación activa para promoverlo, como manifestación del privilegio profesional, al abogado que hubiera intervenido en defensa de una de las partes litigantes en un proceso. A diferencia de lo que sucedía con el procurador, en este caso la Ley no ha extendido la legitimación activa a los herederos del abogado, de modo que sólo éste se encuentra legitimado para instar el proceso [(STSJ Madrid 28.3.1996 (AS 1996\1244)].

a.3) La minuta de honorarios se presentará y el proceso se dirigirá contra el deudor, el defendido o sus herederos, con independencia del estado del proceso y de la situación procesal de la parte. Por consiguiente, tanto si el proceso se encuentra en tramitación, como si se ha dictado sentencia firme, se podrá proceder a la jura de cuentas.

No es infrecuente que la reclamación de los honorarios se efectúe, no sólo cuando el abogado esté interviniendo efectivamente en un proceso, sino también cuando hubiera cesado en él, por haber sido sustituido tras la concesión de la venia (art. 33 EGA), por haberse apartado del proceso su defendido, por cese en el ejercicio de su profesión, o por cualquier otra causa.

### b) Solicitud y requerimiento de pago

b.1) La solicitud se puede presentar directamente, sin sujetarse a forma alguna y sin necesidad de procurador, como parece desprenderse de la dicción del precepto legal.

Esta solicitud, que como ya expusimos la Ley no ha querido denominar demanda, debe contener la pretensión de pago de dinero que se deduce, que naturalmente debe fundarse en la minuta de honorarios detallada, pero que es independiente de ésta, de modo que en la solicitud se debe hacer constar la cantidad precisa que se reclama (el abogado ha de manifestar “formalmente que esos honorarios le son debidos y no han sido satisfechos”, de modo que presenta “esta reclamación”, art. 35.1).

La solicitud se deberá presentar, necesariamente, acompañada de la minuta de honorarios que ha de ser detallada, desglosando los diferentes conceptos y las cantidades a que cada uno de ellos correspondan, de modo que se puedan conocer las causas de la misma. No obstante, la STS, 1ª, 31.5.1995 (RJ 1995\4102) flexibilizó la exigencia de presentación de la minuta detallada, lo que significa que, si bien ésta debe estar explicada, es decir, con expresión partida por partida y justificada, a saber, con reflejo de cada una las actuaciones procesales [(ATS, 3ª, 8.3.2001 (RJ 2001\1553)], en ocasiones es posible que se contenga en una única partida si resulta suficiente para su comprensión [véanse también la STS, 1ª, 19.1.2005 (RJ 2005\116) y la SAP Madrid 14.10.1996 (AC 1996\2539)].

En este caso, la minuta es la pieza fundamental del proceso pues, a partir de ella, tendrá el litigante oportunidad y posibilidad de aducir lo que convenga a su derecho sobre la deuda y, en ella, el juzgador encontrará elementos para resolver sobre la pretensión de la parte.

Presentada la solicitud, el órgano judicial deberá admitirla si cumple los presupuestos de competencia y legitimación, y reúne los requisitos necesarios, de modo que las cantidades efectivamente se piden por actuaciones realizadas en ese proceso. Al igual que se dijo respecto de la cuenta del procurador, como el juzgador deberá examinarla, si se impugnan los honorarios por indebidos, en el momento de dictar el auto determinando la cantidad por la que se apremia al deudor, con independencia de las alegaciones que éste pudiera hacer, aunque no lo especifique la Ley, parece obvio que deberá depurar la minuta ya en este primer momento procesal.

b.2) Presentada la solicitud con la minuta, se “mandará que se requiera al deudor para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación” (art. 35.2). En este caso, la alternativa que se ofrece a la parte es simple como la anterior: o paga o se opone.

El requerimiento se ha de hacer al propio litigante, ahora demandado, en persona, aunque nada obstaría a que se le hiciera llegar a través de su procurador, si el proceso donde se produjo la actuación profesional del abogado se estuviera sustanciando aún.

#### c) Posturas del requerido

c.1) Si el requerido paga en el plazo concedido, se pondrá fin al procedimiento con archivo de las actuaciones.

c.2) La segunda de las posturas que puede adoptar el litigante requerido es la de no pagar ni oponerse, en cuyo caso se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta, más las costas (art. 35.3).

En este supuesto funciona el proceso especial para reclamar los honorarios del abogado como un proceso monitorio, ya que no hay título ejecutivo ni despacho de ejecución a partir de la primera

solicitud, sino cuando se desatiende el requerimiento de pago, en el cual se brinda al deudor, aquí el litigante, la doble oportunidad de pagar u oponerse.

c.3) En tercer lugar, el requerido puede oponerse, lo que se establece en la norma como la alternativa que se ofrece en el requerimiento: el deudor debe pagar o impugnar la minuta de honorarios.

Esta impugnación puede hacerse por dos causas: porque se aduzca que los honorarios son indebidos o porque se alegue que son excesivos.

Por tanto, la oposición puede basarse, en primer lugar, en que la cuenta incluye partidas indebidas, porque las cantidades reclamadas no corresponden a actuaciones efectivamente practicadas o exigibles a través de este procedimiento especial. No debiera ser preciso recordar que sólo pueden reclamarse a través de este proceso los gastos devengados como consecuencia de la concreta actuación en juicio, lo que excluye cualquier "servicio jurídico extraprocesal", así como aquellos devengados en concepto de "estudio de la causa o del recurso" [(STS, 1ª, 15.7.2004 (RJ 2004\4691) y 30.4.2004 (RJ 2004\1767)]. En este caso, el órgano judicial deberá examinar, a la vista de las alegaciones del deudor, la minuta de honorarios y las propias actuaciones procesales que se hayan realizado, que obviamente se encuentran en el juzgado o tribunal, así como la documentación aportada tanto por el abogado como por su cliente y, hechas las comprobaciones oportunas, dictará resolución determinando la cantidad.

En cambio, la Ley no se pronuncia sobre el contenido y la amplitud de la oposición, por lo que debe plantearse el problema de su posible limitación a ciertas causas o, por el contrario, entender que comprende tanto cualquier medio de defensa procesal que impida la tramitación del proceso, como la oposición material o de fondo, que niegue la deuda, que la haya extinguido o que la excluya (piénsese en la liquidación de la provisión de fondos que la parte hubiera entregado al abogado).

Puesto que no se trata de un juicio ejecutivo, tal como se regula en la LEC, la oposición del deudor no puede reducirse a las causas de oposición a la ejecución de títulos extrajudiciales por motivos de fondo del art. 557.

c.4) En segundo lugar, el deudor puede impugnar los honorarios por excesivos, en razón de que su cuantía no se corresponde con lo que se puede considerar normal en la minutación de honorarios en el ámbito donde el abogado ejerce su profesión.

Esta causa de oposición, que intenta evitar los abusos en la factura de honorarios, aunque el abogado haya realizado efectivamente la actuación profesional, no rige cuando se ha confeccionado un presupuesto previo por escrito, que hubiera sido aceptado por el deudor, en cuyo caso no se puede apreciar que el abogado intente sorprender en su buena fe al cliente, puesto que éste asumió el coste de su defensa en el proceso. Naturalmente, la aportación inicial con la solicitud del presupuesto escrito y aceptado por el cliente, impediría impugnar con éxito la

minuta por esta razón en este proceso especial, lo que no significa que la minuta no se pudiera impugnar en un procedimiento declarativo posterior. En cualquier caso, resulta paradójico cuanto menos el hecho de que el Colegio o, en su caso, un tribunal, puedan considerar excesivos los honorarios del abogado tratándose de una profesión de carácter liberal, más aún en los casos en que fue aceptado el presupuesto y, por consiguiente, debiera regir el principio de *pacta sunt servanda* (DE LA OLIVA).

Si, por el contrario, el abogado no hubiera aportado inicialmente el presupuesto, nada impide para que lo haga tras la impugnación, puesto que en la Ley incluso aparece secuencialmente en un momento posterior (art. 35.2.III). En este caso, se pasará a dictar la resolución acogiendo la cantidad que figure en el presupuesto, sin perjuicio de las rebajas que procedan si se formuló también la impugnación por indebidos.

En el caso de que no existiese presupuesto escrito, aceptado por el cliente, una vez formulada la impugnación de los honorarios por excesivos se procederá a su regulación, conforme lo dispuesto para la tasación de costas (art. 35.2.III). Por tanto, en esos casos, presentada la impugnación, se oirá en el plazo de cinco días al abogado y, si no aceptara la reducción de honorarios que se le reclame, se pasará testimonio de los autos, o de la parte de ellos que resulte necesaria, al Colegio de Abogados para que emita informe (art. 246.1). A este propósito, aunque de este precepto parece deducirse que la impugnación debe señalar una cantidad o porcentaje de rebaja por parte del impugnante, nada obstaría para que simplemente se limite a oponerse por disconformidad con la cuantía, dejando que el propio abogado aduzca lo que entienda oportuno y, en definitiva, el Colegio informe lo procedente para el trabajo efectivamente realizado por el profesional.

c.5) Finalmente, también cabe formular impugnación por el deudor basada en que los honorarios son indebidos y, al propio tiempo y subsidiariamente, abusivos. Esta posibilidad aparece reconocida para la tasación de costas en la regulación de los honorarios de abogados y peritos, disponiendo la LEC que cuando se alegue que alguna partida es indebida y que, en caso de no serlo, sería excesiva, se tramitarán ambas impugnaciones simultáneamente, con arreglo a lo prevenido para cada una de ellas. No obstante, la resolución sobre si los honorarios son excesivos quedará en suspenso hasta que se decida sobre si la partida impugnada es o no debida (art. 246.5).

#### d) Resolución y efectos

En todos aquellos supuestos en los que no se haya producido el pago, en los que por tanto nada hay que resolver, la Ley exige que, cuando el litigante no se oponga o formule oposición, recaiga una resolución judicial, de diferente contenido.

d.1) Cuando la parte defendida por el abogado no se opusiere ni pagare, el art. 35.3 dispone que se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la minuta, más las costas. Pues bien, aunque de los términos literales de esta norma se pudiera considerar que el juzgador deberá dictar el auto despachando la ejecución con vinculación estricta a lo pedido por el abogado —al

igual que se dijo respecto del procurador a partir de una norma idéntica —, de las facultades que se le confieren para examinar tanto la minuta como las actuaciones procesales y la documentación aportada, parece que puede extraerse una solución contraria.

Luego, el auto despachando la ejecución determinará la cantidad que se deba satisfacer al abogado, ordenando el embargo de los bienes del deudor, si fueran conocidos, o las medidas de localización y averiguación de los mismos, conforme previene el art. 553.1.3º y 4º.

d.2) Cuando, en el plazo de los diez días del requerimiento, el deudor impugne los honorarios por indebidos, el órgano judicial deberá examinar la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada, y dictará auto en el plazo de diez días, pues la Ley se remite a las normas que rigen para la cuenta de los procuradores.

En estos casos, con la oposición del demandado, el juzgador debe resolver teniendo a la vista la solicitud del abogado, con la minuta detallada y las justificaciones y documentos que haya presentado, así como la oposición del demandado, con sus justificaciones y documentos, sin otra sustanciación, con lo que finaliza la fase declarativa. Al igual que se comentó en relación con el procedimiento del art. 34, la solución adoptada por el legislador antepone la rapidez hasta tal punto que puede generar ciertas dudas en cuanto a las garantías del derecho de defensa, pues el proceso, por sumario que se pretendiese, se debería haber completado con una audiencia a las partes, con seguro provecho para una resolución más ajustada a derecho, tras el oportuno debate procesal.

d.3) Si se hubieran impugnado los honorarios por excesivos, tras la audiencia al abogado y el informe del Colegio, el órgano judicial resolverá, poniendo fin a la fase declarativa.

d.4) Con los referidos elementos, el juzgador dictará el auto resolviendo el proceso; este auto puede desestimar la oposición, total o parcialmente, o bien estimar la oposición, absolviendo al demandado, en este caso, con imposición de costas al abogado.

En el primer supuesto, cuando el auto estime la solicitud, se limitará a determinar la cantidad que deba satisfacerse, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación.

El juzgador determina la cantidad de acuerdo con lo que resulte de las alegaciones del abogado y del cliente, de las aportaciones documentales que hayan realizado, examinando los autos y el informe que, en su caso, hubiera remitido el Colegio de Abogados, de modo que el órgano judicial tiene un amplio margen de apreciación.

Este auto, cualquiera que sea su contenido, es decir, absuelva al demandado o fije una cantidad igual o menor a la solicitada por el abogado, no es susceptible de recurso alguno.

Finalmente, previene la Ley que la resolución carece de autoridad de cosa juzgada, de modo que “no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en el juicio ordinario posterior” (art. 35.2.IV). Tal disposición ha de significar, necesariamente, que cualquier cuestión, se haya podido discutir o no en este proceso, es susceptible de ser reiterada en un proceso plenario posterior, ya que en el procedimiento del art. 35 están limitadas las posibilidades de alegación tanto para el actor como para el demandado, así como las posibilidades de impugnación.

## 6. Tabla de sentencias

### Tribunal Constitucional

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC 25.3.1993	RTC 1993\110	Fernando García-Mon y González Regueral	<i>Gobierno de la Nación c. Arts. 8 y 12 LEC</i>
STC 25.3.1993	RTC 1993\116	Vicente Gimeno Sendra	<i>Fernando c. Ministerio Fiscal y “La Papelera Española, S.A.”</i>
STC 23.5.1994	RTC 1994\157	Eugenio Díaz Eimil	<i>“Antracitas Castellanas, S.A.” c. Ministerio Fiscal, Román y Francisco</i>
STC 20.5.1996	RTC 1996\79	Tomás S. Vives Antón	<i>Ramón c. Enrique</i>
STC 10.10.1997	RTC 1997\20	José Gabaldón López	<i>Manuel c. Ministerio Fiscal e Isidro</i>
STC 27.1.1997	RTC 1997\12	José Gabaldón López	<i>Manuel c. Ministerio Fiscal e Isidro</i>
STC 30.3.1998	RTC 1998\72	Fernando García-Mon y González Regueral	<i>Antonio c. Ministerio Fiscal y José Manuel</i>
STC 13.12.1999	RTC 1999\225	Vicente Conde Martín de Hijas	<i>Emilio y Encarnación c. Ministerio Fiscal</i>
STC 14.9.2000	RTC 2000\184	Tomás S. Vives Antón	<i>Manuel c. Ministerio Fiscal y Alberto</i>

### Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 20.10.1981	RJ 1981\3812	Antonio Sánchez Jáuregui	<i>Guillermo c. Juan, Jaime e Ignacio</i>
STS, 1ª, 6.11.1993	RJ 1993\8618	Eduardo Fernández-Cid de Temes	<i>Hilario y “Bullaque S.A.” c. “Teczone Española S.A.” e “Inmobiliaria Flavia S.A.”</i>
STS, 1ª, 31.5.1995	RJ 1995\4102	Pedro González Poveda	<i>José y Amparo c. Carlos</i>
ATS, 1ª, 5.3.1996	RJ 1996\6883	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	<i>No consta la identidad</i>
STS, 4ª, 28.1.1998	RJ 1998\146	José Jiménez Villarejo	<i>Antonio c. Demandado (no consta la identidad)</i>

STS, 4ª, 14.12.1999	RJ 1999\9829	Luis Ramón Martínez Garrido	Josefina, Josefina, Antonio, José, Luis Miguel y Mª del Pilar c. Enrique
ATS, 3ª, 9.10.2000	RJ 2000\8695	Enrique Cancer Lalanne	Dolores c. Ildefonso
ATS, 3ª, 28.11.2000	RJ 2000\1028 4	Antonio Martí García	Alfonso c. Ayuntamiento de As Pontes de García Rodríguez
ATS, 3ª, 2.4.2000	RJ 2000\3289	José María Botana López	Sindicato de Trabajadores Afectados por el Fondo de Pensiones de Telefónica c. "Telefónica de España, S.A."
ATS, 3ª, 8.3.2001	RJ 2001\1533	Manuel Vicente Garzón Herrero	Luciano c. "Desguaces Castillo, S.L."
STS, 1ª, 30.4.2004	RJ 2004\1767	Jesús Corbal Fernández	Margarita c. Juan Alberto
STS, 1ª, 15.7.2004	RJ 2004\4691	Xavier O'Callaghan Muñoz	María José c. Lucas
STS, 1ª, 19.1.2005	RJ 2005\116	Pedro González Poveda	Clara, Estíbaliz y Julieta c. Luis y Remedios
STS, 1ª, 8.7.2005	RJ 2005\5276	Román García Varela	Alicia c. Yolanda

### Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STSJ Madrid, 15.10.1996	AS 1996\3070	Josefina Triguero Agudo	José Francisco c. Luis
STSJ Madrid, 28.3.1996	AS 1996\1244	Miguel Ángel Luelmo Millán	José c. Demandado (no consta la identidad)
AAP Girona, 8.10.1998	AC 1998\8763	José Isidro Rey Huidobro	Demandante (no consta la identidad) c. Rafael y María José
SAP Cáceres, 12.12.1996	AC 1996\2304	Pedro Vicente Cano Maillo Rey	Juan Antonio c. José y otros
SAP Madrid, 14.10.1996	AC 1996\2539	José Manuel Arias Rodríguez	Carlos c. Miren Joseba
SAP Cantabria 11.7.1996	AC 1996\1443	Javier de la Hoz de la Escalera	Dionisio c. Demandado (no consta la identidad)
AAP Zaragoza, 28.2.1995	AC 1995\371	Javier Seoane Prado	Luis Ignacio c. Ayuntamiento de Tauste
SAP Valencia 22.9.1994	AC 1994\1367	Adolfo Fuertes Sintas	Demandante (no consta la identidad) c. "Dedonat, S.L."

## 7. Bibliografía

Lorena BACHMAIER (1999), *La asistencia jurídica gratuita*, 2ª ed., Comares, Granada.

Marina CEDEÑO HERNÁN (2002), *Retribución de abogados y procuradores: la llamada «Jura de Cuentas»*, Elcano Aranzadi, Navarra.

Ignacio COLOMER HERNÁNDEZ (1999), *El derecho a la justicia gratuita*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS ET ALII (2001), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Civitas, Madrid.

Andrés DE LA OLIVA (2002), *Prólogo a la obra de Marina CEDEÑO HERNÁN, Retribución de abogados y procuradores: la llamada «Jura de Cuentas»*, Elcano Aranzadi, Navarra.

Fernando GÓMEZ DE LIAÑO (2000), *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Forum, Oviedo.

Piedad GONZÁLEZ GRANDA (2000), *Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales. t. I*, en CORTÉS-MORENO (coord.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid.

Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA (2000), *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, La Ley, Madrid.

Juan MONTERO AROCA ET ALII (2000), *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Juan MONTERO AROCA (1994), "Sobre la constitucionalidad de la jura de cuentas (comentario a la Sentencia 110/1993, de 25 de marzo)", *Derecho privado y constitución*, núm.2.

V́ctor MORENO CATENA (2005), "Comentarios prácticos a la Ley de enjuiciamiento Civil. La postulación procesal: Arts. 23 a 30 LEC", *InDret 4/2005* ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Antonio María LORCA NAVARRETE (dir.) (2000), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Lex Nova, Valladolid.

Carlos VÁZQUEZ IZURUBIETA (2000), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dijusa, Madrid.



# Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil

De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)

Esperanza Castellanos Ruiz

Universidad Carlos III de Madrid

Juliana Rodríguez Rodrigo

Universidad Carlos III de Madrid

368

## *Sumario*

1. Artículo 36
  - 1.1. Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles.  
Regla general
  - 1.2. Límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles
    - a) Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución
    - b) Competencia exclusiva de otro Estado
    - c) Sumisión tácita de las partes
2. Artículo 37
  - 2.1. Competencia de otras jurisdicciones
  - 2.2. Competencia de otros órdenes jurisdiccionales
3. Artículo 38
  - 3.1. Supuestos de apreciación de oficio de la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción
  - 3.2. Ámbito de aplicación
  - 3.3. Tramitación procesal
4. Artículo 39
  - 4.1. Supuestos de apreciación de oficio de la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción
  - 4.2. Ámbito de aplicación
  - 4.3. Falta de jurisdicción por haber sometido el asunto a arbitraje
5. Tabla de sentencias
6. Bibliografía

## **1. Artículo 36 LEC**

Artículo 36. Extensión y límites del orden jurisdiccional civil. Falta de competencia internacional.

1. La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.
2. Los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes:
  - 1º. Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas de Derecho Internacional Público.
  - 2º. Cuando, en virtud de un tratado o Convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.
  - 3º. Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes.

### **1.1. Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles. Regla general**

Cuando el art. 36 LEC menciona la extensión y los límites de la “jurisdicción” de los tribunales civiles españoles está haciendo referencia a la competencia judicial internacional de dichos tribunales. La competencia judicial internacional es la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas del Estado español, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, pertenecientes tanto a la jurisdicción contenciosa como a la voluntaria. Por tanto, sólo cuando el litigio deriva de una situación jurídica entre particulares con un elemento internacional se plantea el problema de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

Sin embargo, el art. 36 LEC no señala los foros en virtud de los cuales los jueces y tribunales españoles se pueden declarar competentes para conocer de un litigio derivado de una situación privada internacional. Para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles hay que atenerse a los Convenios internacionales aplicables en la materia y, en su defecto, a las normas de producción interna del ordenamiento jurídico español.

No hay que olvidar que los instrumentos normativos se caracterizan por su carácter distributivo y las normas de producción interna del ordenamiento jurídico español, por su carácter atributivo. Dicho de otro modo, los instrumentos internacionales distribuyen la competencia entre los jueces, considerados en su totalidad, de los Estados miembros o Estados parte de los mismos; y las normas de producción interna sólo atribuyen la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles.

En cuanto a los Convenios internacionales aplicables, los jueces y tribunales españoles deben acudir a los siguientes instrumentos normativos:

El Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil<sup>1</sup>, entró en vigor el 1 de febrero de 1973 para los seis Estados originarios de la Comunidad Europea y, para España, el 1 de febrero de 1991<sup>2</sup>. Con anterioridad ya había entrado en vigor en otros Estados miembros de la Unión Europea: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos (1973); Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (1978); Grecia (1982); España y Portugal (1989); Austria, Finlandia y Suecia (1995).

El Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, se trata de un Convenio paralelo al Convenio de Bruselas de 1968 que regula las relaciones entre los países miembros de la Unión Europea y los países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, en aquel entonces, Austria, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Suiza. Dado que el Convenio de Bruselas se creó como un Convenio multilateral cerrado, sólo los países miembros de la antigua Comunidad Económica Europea podían ratificarlo. Sin embargo, los Estados eran conscientes de las relaciones entre los países de la Unión Europea y los países de la Asociación de Libre Comercio y, para regular tales relaciones en materia de Derecho procesal internacional, se elaboró el Convenio de Lugano, en vigor en España desde el 1 de noviembre de 1994<sup>3</sup>. Ahora bien, el Convenio de Lugano no impide la aplicación del Convenio de Bruselas por parte de los Estados miembros de las Comunidades Europeas (art. 54 ter Convenio de Lugano). Los únicos países que formaban parte de la Asociación de Libre Comercio y que no son parte del Convenio de Bruselas son Islandia, Noruega, Suiza y Polonia. En consecuencia, en la actualidad son parte del Convenio de Lugano: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia, Suecia, Islandia, Noruega, Suiza y Polonia.

El Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil<sup>4</sup>, entró en vigor el 1 de marzo de 2002 para los antiguos Estados parte de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia), salvo para Dinamarca, que no se adhirió al Reglamento 44/2001. El Reglamento 44/2001 sustituye, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968 (art. 68 Reglamento 44/2001), entendiendo por “Estado miembro” cualquier Estado miembro del Convenio de Bruselas de 1968, excepto Dinamarca (art. 1.3 Reglamento 44/2001). Sin embargo, hay que precisar que Dinamarca ha firmado un Acuerdo con la Comunidad Europea, de 19 de octubre de 2005<sup>5</sup>, denominado

---

<sup>1</sup> DO C 27, de 26.1.1998 (versión consolidada).

<sup>2</sup> BOE nº 24, de 28.1.1991.

<sup>3</sup> BOE nº 251, de 20.10.1994.

<sup>4</sup> DOCE L 12, de 16.1.2001.

<sup>5</sup> DOCE L 299, de 16.11.2005.

“Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, que supondrá, cuando esté en vigor, la aplicación del Reglamento 44/2001 a las relaciones entre la Comunidad Europea y Dinamarca (art. 1 Acuerdo).

El Reglamento 44/2001 no es más que un ejemplo de lo que se ha denominado “comunitarización del Derecho internacional privado”. La “comunitarización del Derecho internacional privado” se produce porque los arts. 61 c) y 65 del TCE -redactados conforme al Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999- atribuyen a las instituciones comunitarias, en determinadas condiciones, la competencia para adoptar medidas en el ámbito del desarrollo de “una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza”, con el fin de “establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia” (art. 61 TCE). Dicho de otro modo, a las autoridades comunitarias se les ha otorgado la competencia para adoptar “normas de Derecho internacional privado” en la construcción de un “espacio de libertad, de seguridad y justicia” en la Unión Europea. De esta forma, se les recorta la competencia a los Estados miembros de la Unión Europea para elaborar normas uniformes de Derecho internacional privado en materias tan importantes como la competencia judicial internacional, el derecho aplicable o la validez extraterritorial de decisiones, tanto en materias patrimoniales como personales y familiares (AUDIT, 2004, p. 789; BARIATTI, 2003, p. 671; CALVO CARAVACA, 2003, p. 277). Hay que mencionar que el Convenio de Bruselas de 1968, Convenio comunitario en sentido amplio, ha sido sustituido por un Reglamento comunitario, el Reglamento 44/2001, en materia de competencia judicial internacional y validez extraterritorial de decisiones en la Unión Europea.

También regulan la competencia judicial internacional, en materias de Derecho civil o mercantil, otros Reglamentos comunitarios. Los más relevantes son el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, en materia matrimonial y responsabilidad parental<sup>6</sup>, y el Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia<sup>7</sup>.

Por último, España ha firmado multitud de Convenios multilaterales sobre eficacia extraterritorial de decisiones judiciales que no regulan los foros de competencia judicial internacional. Sólo el Convenio hispano-rumano, hecho en Bucarest el 17 de noviembre de 1997, regula tanto la competencia judicial como el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

En cuanto a las normas de producción interna del ordenamiento jurídico español hay que acudir a los arts. 21 a 25 LOPJ y, concretamente, en el orden jurisdiccional civil, a los arts. 21 y 22 LOPJ.

---

<sup>6</sup> DO L 338, de 23.12.2003.

<sup>7</sup> DOCE L 160, 30.6.2000.

El art. 36 LEC, por tanto, no regula la extensión de la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles sino el tratamiento procesal de la competencia internacional. Tratamiento procesal que no está regulado, sin embargo, en la LOPJ.

## 1.2. Límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles

### a) Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución

El artículo 36.2.1º) LEC se encuentra estrechamente relacionado con el artículo 21.2 LOPJ. De hecho, el art. 36.1 LEC remite a la LOPJ, así como a los tratados y convenios internacionales, para determinar la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles. El art. 21 LOPJ dispone en qué casos los jueces y tribunales españoles se deben declarar competentes –siempre que tengan algún foro de competencia- y niega que puedan serlo en los supuestos en que concurra la inmunidad de jurisdicción o de ejecución regulada en las normas de Derecho Internacional Público. Si bien ambos preceptos vienen a decir lo mismo, el artículo 36.2.1º LEC se enmarca en el contexto del procedimiento judicial, en sentido estricto, y el artículo 21.2 LOPJ lo hace en el marco de la atribución de competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales españoles.

La inmunidad de jurisdicción es un privilegio que consiste en la posibilidad de que determinados sujetos puedan no ser juzgados por tribunales de un Estado extranjero.

Los órganos que gozan de esta prerrogativa son los que a continuación se enuncian:

1) Los Estados. No existe ninguna norma en España que recoja la inmunidad de jurisdicción de los Estados; sin embargo, el Derecho Internacional Público consuetudinario así lo estipula. Por otro lado, ciertos Convenios regulan la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y consulares, por ello, quien puede lo más puede lo menos, y, si estos sujetos gozan de este privilegio, cómo no van a disfrutar del mismo los Estados soberanos a los que representan en el extranjero.

La jurisprudencia califica la inmunidad de jurisdicción de los Estados en los siguientes términos: “Al caso enjuiciado no le son de aplicación los artículos 31 y 43 de los Convenios de Viena de 18 de abril de 1961 y de 24 de abril de 1963, a los que se adhirió España, como equivocadamente ha entendido el Magistrado a quo, ya que únicamente otorgan inmunidad a los Agentes Diplomáticos y Consulares extranjeros a títulos personal y no al Estado que representan, al que sólo podrá extenderse la inmunidad absoluta en aplicación de una doctrina consuetudinaria caída en desuso, como afirma la sentencia de la Sala de 10 de Febrero del año corriente” (STS, 1ª, 1.12.1986 (RJ 1986\7231)).

2) Los agentes diplomáticos. Estos sujetos no podrán ser sometidos a la jurisdicción de ningún tribunal civil del Estado en el que se encuentran desplazados (art. 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961; en adelante, CVRD).

La inmunidad de jurisdicción sólo se puede ejercitar frente a demandas relativas a actos que realicen los representantes del Estado en el ejercicio de sus funciones –actos *iure imperii*–; evidentemente, los agentes diplomáticos podrán ser demandados por hechos que lleven a cabo en calidad de particulares –actos *iure gestionis*.

En concreto, el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas dispone que no cabrá alegar la inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos (art. 31.1): a) cuando se trate “de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el Agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b) cuando se trate “de una acción sucesoria en la que el Agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c) cuando se trate “de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el Agente diplomático en el Estado receptor, fuera de las funciones oficiales.”

El fundamento de la inmunidad de jurisdicción radica en garantizar la defensa de los derechos encomendados a los agentes diplomáticos. En efecto, “(...) la finalidad que hace legítima constitucionalmente la inmunidad de jurisdicción del personal diplomático y consular y la que la convierte en una medida razonable y proporcionada a la imposibilidad de acceder a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, es la garantía del correcto funcionamiento de las funciones representativas encomendadas a los agentes diplomáticos, que el propio Convenio de Viena de 1961 define en su artículo 31. Esta es la causa constitucionalmente legitimadora de dichas inmunidades. Dicho con otras palabras, la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de las relaciones internacionales justifica la existencia de inmunidades personales de jurisdicción y con ellas la correlativa limitación de los derechos de los ciudadanos, pero no ampara la utilización abusiva de esta prerrogativa. Y ese abuso se produce, fundamentalmente, cuando se extiende su alcance a situaciones jurídicas en las que en nada puede verse afectado el ejercicio de las funciones diplomáticas. (...)” (SAP Almería, 1ª, 15.7.2004 (JUR 2004\256607)).

El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus representantes. Dicha renuncia debe ser expresa (art. 32.2 CVRD).

Los propios agentes diplomáticos pueden renunciar, esta vez de forma tácita, a su privilegio, interponiendo una demanda por hechos acontecidos en el ejercicio de su actividad profesional. Esta decisión es irrevocable, al menos en el proceso concreto, ya que, en el caso de que el demandado conteste reconviniendo, el agente diplomático no podrá, en ese momento, alegar la inmunidad de jurisdicción frente a la demanda reconvencional planteada (art. 32.3 CVRD).

Además de los agentes diplomáticos, sus familiares gozarán del privilegio de la inmunidad de jurisdicción, a menos que sean nacionales del Estado receptor (art. 37.1 CVRD). No sólo los familiares que convivan con los diplomáticos, también el personal administrativo y técnico de la misión –y sus familias–, así como los sujetos que se encuentren al servicio de la misión, podrán

alegar la inmunidad de jurisdicción respecto de las demandas por actos relacionados con el desempeño de sus funciones, siempre que no sean nacionales del Estado de destino ni residan en dicho Estado de forma permanente (arts. 37.2 y 37.3 CVRD).

3) Los funcionarios y empleados consulares (art. 43 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963; en adelante, CVRC).

Del mismo modo que el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas dispone respecto de los agentes diplomáticos, la Convención de Viena sobre relaciones consulares distingue entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*. Así, enuncia dos supuestos en los que no se puede alegar la inmunidad de jurisdicción en relación con los funcionarios y empleados consulares (art. 43.2): a) cuando el procedimiento civil “resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o; b) que sea “entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor”.

El Estado al que representan los empleados consulares puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de los mismos. La renuncia debe ser expresa y debe ser dirigida por escrito al país de destino (art. 45.2 CVRC).

La inmunidad de jurisdicción es un privilegio del que gozan los agentes consulares, que no pueden utilizar según su conveniencia. Así, tal como hemos expuesto respecto de los agentes diplomáticos, en los casos en que estos sujetos sean los demandantes, no podrían alegar la inmunidad de jurisdicción frente a las demandas reconventionales que se pudieran plantear en relación con la cuestión principal (art. 45.3 CVRC).

4) Otros sujetos.

La Convención sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, dispone que, respecto de las cuestiones relativas a la protección y preservación del medio marino, los buques de guerra, las naves auxiliares y otros buques o aeronaves que pertenezcan o sean utilizados por los Estados o estén adscritos a un servicio público no comercial, gozarán de inmunidad de jurisdicción (art. 236).

La Carta de Naciones Unidas, hecha en San Francisco el 26 de junio de 1945, estipula que la Organización y sus representantes gozarán de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para el desempeño de sus funciones (arts. 105.1 y 105.2).

El Convenio sobre el Estatuto de la Unión Europea Occidental, de los representantes nacionales y del personal internacional, hecho en París el 11 de mayo de 1955, regula la inmunidad de jurisdicción de que disfrutaban el Secretario General, los Secretarios Generales adjuntos, el Director de la Agencia de Control de Armamentos y cualquier otro funcionario permanente de rango similar, así como los expertos -funcionarios distintos a los anteriores- (arts. 22 y 23).



La práctica jurisprudencial y la legislativa confirman la decadencia de la inmunidad de jurisdicción.

Como indica el legislador en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, por el que se regula el servicio contencioso del Estado en el extranjero<sup>8</sup>, “la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final. Hoy día la mayor parte, si no la totalidad, de los Estados aceptan la teoría restringida de inmunidad de jurisdicción, lo que ha producido un aumento en el número de litigios en los que el Estado o sus Organismos son parte ante una jurisdicción extranjera”.

La jurisprudencia ha evolucionado, también, hacia la apreciación restringida de la inmunidad de jurisdicción. En efecto, si en el año 1979 el Tribunal Supremo consideró que la Embajada de Kuwait gozaba de inmunidad frente a una demanda interpuesta por la ex secretaria de dicha entidad, cuyo objeto era impugnar el despido efectuado por aquélla frente a esta última, en 1986, el mismo Tribunal consideró que el Estado Sudafricano no podía alegar la inmunidad de jurisdicción frente a una demanda similar presentada por la ex secretaria de la Embajada de dicho país en España (STS, 1ª, 8.11.1979 (RJ 1979\3975) y STS, 1ª, 1.12.1986, (RJ 1986\7231), respectivamente).

En el mismo sentido restrictivo se pueden mencionar las siguientes sentencias, a modo de ejemplo: en la STS, 1ª, 10.2.1986 (RJ 1986\727), el Tribunal Supremo denegó la inmunidad de jurisdicción del Estado de Guinea Ecuatorial en relación con una demanda interpuesta por un nacional español que había sido despedido por la Embajada de ese país en España, después de haber prestado servicios como conductor bajo la dependencia de la misma; en la SAP Almería, 1ª, 15.7.2004 (JUR 2004\256607), la Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por el Consulado del Reino de Marruecos en Almería estimando, entre otras cosas, que no se podía alegar la inmunidad de jurisdicción alegada por el Cónsul, frente a una demanda relativa a un contrato de arrendamiento de un local para instalar la oficina consular de Marruecos en España.

El Tribunal Constitucional, en el asunto 140/1995, desmarcándose de la tendencia limitativa anterior, aplicó el CVRD de forma literal para conceder la inmunidad de jurisdicción en relación con una demanda sobre un contrato de arrendamiento (STC 28.9.1995 (RTC 1995\140)). En este caso, el Tribunal Constitucional decidió que el agente diplomático de la Embajada de la República de Italia en Madrid gozaba de la inmunidad de jurisdicción en un proceso iniciado por la arrendadora de la vivienda, que el diplomático utilizaba para uso particular, por el impago de las mensualidades debidas en concepto de alquiler. En este asunto, el Tribunal Constitucional no diferenció entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis* en sentido amplio, sino que aplicó estrictamente el art. 31.1.a) del CVRD y entendió que, como la demandante ejercitó una acción personal por incumplimiento del contrato de arrendamiento, y no una acción real, tal como prescribe este artículo, el agente diplomático gozaba de la inmunidad de jurisdicción al no

---

<sup>8</sup> BOE nº 197, de 16.8.1980; rect. BOE nº 231, de 25.9.1980. Derogado por el Real Decreto 997/2003, de 25 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

poderse aplicar la excepción de dicho precepto 31.1.a) CVRD (FJ 4º, STC 28.9.1995 (RTC 1995\140)).

La inmunidad de ejecución es el privilegio del que disfrutaban los sujetos anteriormente mencionados, en virtud del cual las resoluciones judiciales ejecutivas no se podrán hacer efectivas sobre los bienes que tengan adscritos a la misión pública a ellos encomendada.

La única mención expresa que realizan los textos jurídicos citados anteriormente en relación con la inmunidad de ejecución se encuentra en los CVRD y CVRC. En estos Convenios se hace referencia a la posibilidad de renunciar a la inmunidad de ejecución, tanto por el Estado acreditante como por el agente diplomático o consular. La renuncia a este privilegio es independiente de la renuncia que se pudiera hacer respecto de la inmunidad de jurisdicción; la una no presupone la otra (art. 32.4 CVRD y art. 45 CVRC).

Los bienes sobre los que se puede apreciar la inmunidad de ejecución no se encuentran especificados en ninguna de las normas a las que se ha hecho referencia más arriba, a excepción del CVRD y CVRC.

En el CVRD, el art. 22.3 dispone que “los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución”. El art. 31 CVRC prescribe que “los locales consulares, sus muebles, los bienes de la oficina consular y sus medios de transporte, no podrán ser objeto de ninguna requisa, por razones de defensa nacional o de utilidad pública”. Como puede deducirse, estos Convenios recogen una inmunidad de ejecución absoluta en relación con las misiones diplomáticas y consulares (STSJ, 1ª, Madrid, 29.6.2004 (AS 2004\2401); ATS, 1ª, 13.6.2005 (RJ 2005\7041); y STSJ Madrid, 1ª, 26.11.2002 (AS 2003\1343)).

En el resto de los casos, la jurisprudencia es la que se ha encargado de ir concretando, de forma casuística, cuáles son esos bienes protegidos por la inmunidad de ejecución. Con carácter general, son inmunes a la ejecución los bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperii*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis* –estos últimos son los que están afectos a actividades de naturaleza comercial o similar- (STSJ Madrid, 1ª, 26.11.2002 (AS 2003\1343); STC 1.7.1992, (RTC 1992\107)). Por ejemplo, las cuentas corrientes cuyos fondos tienen un destino militar no son embargables (AAP Cádiz, 1ª, 8.11.2004 (JUR 2005\78178), en relación con una cuenta corriente cuyo titular era la Us. Navy Resale System Office, unidad de gestión de la Marina de los Estados Unidos de América). En realidad, las cuentas corrientes cuyo titular sea un sujeto que goza de la inmunidad de jurisdicción no podrán ser objeto de embargo, cualquiera que sea el destino de los fondos que en ellas se encuentren. La razón de esta extensión, en aplicación de un privilegio que se debe interpretar de forma restrictiva, estriba en la imposibilidad de poder discernir en qué casos se utilizan esos fondos de forma particular y en qué casos de forma pública; en efecto, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta, como por la imposibilidad de investigar las operaciones del titular de la misma, no se

podría realizar esa distinción (ATS, 1ª, 13.6.2005 (RJ 2005\7041); AAP Cádiz, 1ª, 8.11.2004 (JUR 2005\78178); STC 1.7.1992, (RTC 1992\107)).

El órgano jurisdiccional que está conociendo de la demanda de ejecución será el que tenga que determinar qué bienes son susceptibles de ser objeto de ejecución y cuáles no. Previamente, lo habitual es que el juez pida al sujeto titular de los mismos que acredite la finalidad a la que están destinados. Así, por ejemplo, en el ATC de 1.7.2002, el Tribunal Constitucional considera que el juez es quien tiene que determinar qué bienes son susceptibles de embargo, por ser él quien goza de la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del artículo 117.3 CE. En el caso en cuestión, el órgano jurisdiccional estimó que la ejecución de la sentencia se debía efectuar sobre las cantidades correspondientes a la devolución del IVA del Gobierno de EEUU (ATC 1.7.2002 (RTC 2002\112)).

Numerosos casos de amparo han llegado al Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 CE, por la aplicación de la inmunidad de ejecución. El Tribunal Constitucional considera que “(...) la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. (...). De este modo, al tratarse de un derecho de configuración legal, el Legislador puede establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las sentencias siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución” (STC 1.7.1992 (RTC 1992\107)). La inmunidad de ejecución no es incompatible con el ejercicio de la tutela judicial efectiva, en la medida en que se trata de una excepción legal a la ejecución de las sentencias, siempre que se aplique de manera restrictiva (STC 1.7.1992 (RTC 1992\107); STC 27.10.1994 (RTC 1994\292); STC, 10.2.1997 (RTC 1997\18); STC, 17.9.2001 (RTC 2001\176)).

#### b) Competencia exclusiva de otro Estado

Los tribunales españoles sólo se pueden declarar competentes en los “casos previstos por la Ley” (arts. 4 y 9.1 LOPJ). Por tanto, cuando un litigio relativo a una situación privada internacional se presenta ante los tribunales españoles, deben declararse de oficio incompetentes, cuando “en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado”, tal y como señala el art. 36.2.2º.

No es necesario que esta regla se establezca en la LEC, pues la mayoría de los tratados internacionales o Reglamentos comunitarios en la materia contienen normas de aplicación de los foros de competencia judicial internacional, en virtud de las cuales se señalan los supuestos en los que un juez de un Estado parte de estos tratados o miembros de los Reglamentos comunitarios se debe declarar incompetente de oficio. Se trata de una norma meramente recordatoria para los intérpretes y los aplicadores del Derecho. Salvo esta función, esta norma es completamente innecesaria. Hay que recalcar que el control de la incompetencia para conocer de un litigio

derivado de una situación privada internacional se debe hacer de oficio, pues así es como se establece, tanto en el Reglamento 44/2001, como en el Convenio de Bruselas y de Lugano. Así, por ejemplo, el Reglamento 44/2001, el más importante, en materia civil, señala en los arts. 25 y 26 los dos únicos supuestos en los que el tribunal de un Estado miembro del Reglamento 44/2001 se debe declarar de oficio incompetente. Sin embargo, el control de la competencia a instancia de parte no se regula por ninguno de los instrumentos internacionales mencionados. Será el Derecho internacional privado de producción interna de cada Estado miembro o parte el que fije el procedimiento para impugnar la competencia a instancia de parte. En España se encuentra regulado en el art. 39 LEC.

Este límite a la jurisdicción de los tribunales civiles españoles en relación con los litigios derivados de una situación privada internacional es lo que se denomina “regla negativa” de competencia del Derecho internacional privado español. Esta regla le indicaría al juez español que, aunque concurra un foro de competencia judicial internacional, debe de oficio, abstenerse de conocer del asunto por otras razones. Varias precisiones son necesarias:

En primer lugar, en presencia de un litigio cuyo objeto sea competencia exclusiva de los tribunales de un Estado miembro del Reglamento 44/2001 o parte en los Convenios de Bruselas, de Lugano o en un Convenio bilateral, los tribunales españoles se declararán de oficio incompetentes cuando el asunto sea competencia exclusiva de los tribunales de un Estado parte del tratado o convenio internacional a que se refiere el art. 36.2.º LEC. En concreto, los foros de competencia exclusiva se encuentran regulados en el art. 22 Reglamento 44/2001 y art. 16 Convenio de Bruselas y Convenio de Lugano. Las materias objeto de foros de competencia exclusiva son: derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamientos de bienes inmuebles; validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas que tuvieran su domicilio en un Estado miembro o decisiones de sus órganos; validez de las inscripciones en los registros públicos; inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños, o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro; y ejecución de las resoluciones judiciales.

En segundo lugar, los tribunales españoles se declararán competentes si disponen de algún foro de competencia judicial internacional previsto en la LOPJ, aunque se trate de un litigio cuyo objeto sea competencia exclusiva de tribunales de un tercer Estado no miembro del Reglamento 44/2001 o no parte de los Convenios de Bruselas, de Lugano o de un Convenio bilateral en la materia. No se pueden declarar incompetentes porque la materia sea competencia exclusiva de un tercer Estado. No obstante, sería conveniente que el Derecho internacional privado español diese cobijo a una norma que fijase la “no competencia” de los tribunales españoles en ciertos casos, en los que el asunto es de competencia exclusiva de tribunales de terceros Estados, siempre que la sentencia dictada por el juez español no tenga posibilidad alguna de ejecutarse en dicho país por violar una norma de competencia exclusiva del tercer Estado, donde se debe ejecutar la sentencia española.

En tercer lugar, no cabe en nuestro sistema el mecanismo del *forum non conveniens*, propio de los países anglosajones, utilizado por los tribunales de un país para no conocer de asuntos que se

encuentran “más conectados” con otros países. Ello vulneraría en España la seguridad jurídica, el acceso a la jurisdicción y la predeterminación legal de la competencia judicial internacional. Si existe un foro de competencia establecido en la LOPJ, los tribunales españoles deben, obligatoriamente, conocer del asunto (arts. 65 y concordantes LEC). Ahora bien, parte de la doctrina más prestigiosa en Derecho internacional privado español considera que, si la LOPJ atribuye competencia a los jueces españoles en ciertos supuestos que no presentan ningún “ligamen real” con España cabría admitir un *forum non conveniens* atenuado. Dicho de otra forma, en este caso, los tribunales españoles podrían “rechazar” su competencia judicial internacional cuando el litigio formalmente atribuido al conocimiento de los tribunales españoles no presentase ninguna “conexión real” con España. De este modo, se evitaría que un foro de competencia judicial internacional pudiera operar, en un caso concreto, como un foro exorbitante (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2006, pp. 160-161).

### c) Sumisión tácita de las partes

Los jueces y tribunales españoles se declararán de oficio incompetentes cuando no concurra ningún foro de competencia judicial internacional que les permita entrar a conocer del asunto. En efecto, como indica la SAP Málaga de 2.11.1993, de otro modo, la existencia del art. 22 LOPJ sería inútil. Aunque el art. 36.2.3º LEC está redactado en forma negativa, es mejor, para su comprensión, explicarlo en forma positiva. Es decir, los jueces españoles sólo podrán conocer del litigio en el caso de que no puedan fundar su competencia judicial internacional en ningún foro previsto por la Ley, si el demandado emplazado comparece en debida forma por sumisión tácita de las partes.

Ahora bien, los casos de incomparecencia del demandado emplazado ante un tribunal español, ¿significa sumisión tácita a dicho tribunal? El art. 36.2.3º LEC resuelve la cuestión: la incomparecencia del demandado no significa sumisión tácita por su parte. Por tanto, ante una “no comparecencia del demandado”, los tribunales españoles se declararán de oficio incompetentes, salvo que dispongan de otro foro de competencia judicial internacional –por ejemplo, el foro del lugar de celebración del contrato (art. 22.3 LOPJ). Esta solución es la más lógica pues no existe voluntad de sumisión por parte del demandado (AAP Badajoz, 1ª, 4.11.2003 (JUR 2004\49879)).

No obstante, hay que tener en cuenta que este régimen sobre la sumisión tácita se aplicará en escasos supuestos. Se reduce su aplicación a las materias no cubiertas por los Reglamentos comunitarios, el Convenio de Bruselas y de Lugano, y los Convenios bilaterales en la materia. Así, por ejemplo, puede operar la sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional en materia de arbitraje, sucesiones, relaciones patrimoniales entre cónyuges –materias excluidas del Reglamento 44/2001 o de los Convenios de Bruselas y de Lugano (art. 1). En la mayor parte de los casos donde se produce sumisión tácita, es aplicable el Reglamento 44/2001, que exige comparecencia del demandado para estimar la existencia de sumisión tácita (art. 24 Reglamento 44/2001, art. 18 Convenio de Bruselas, art. 18 Convenio de Lugano).

El art. 22.2 LOPJ regula la sumisión de las partes a los tribunales españoles, aplicable sólo en defecto de instrumento internacional que regule la cuestión. Este precepto fue copiado del art. 18 del Convenio de Bruselas, donde se regula el régimen de la sumisión tácita en el ámbito de este Convenio. El legislador español, sin embargo, se olvidó copiar las normas del Convenio de Bruselas relativas al régimen jurídico de la sumisión y el art. 36.2.3º LEC tampoco se ocupa de regular la cuestión.

En concreto, podemos preguntarnos: 1) ¿Sobre qué materias puede versar el acuerdo de sumisión de las partes a los tribunales españoles?; 2) ¿Pueden las partes someterse a los tribunales españoles en relación con materias que son competencia exclusiva de terceros Estados?; 3) ¿Es necesario para que la sumisión a los tribunales españoles sea válida, que el litigio presente una vinculación objetiva con España?

1) Las materias sobre las que puede versar el acuerdo de sumisión de las partes a los tribunales españoles deben ser las mismas que las establecidas en el Convenio de Bruselas, pues el art. 22 LOPJ fue copiado del art. 18 Convenio de Bruselas. Por tanto, sólo cabe la sumisión en relación con los litigios sobre materias de carácter patrimonial, materias que son disponibles por las partes y que son objeto de procedimientos contenciosos pues, en los expedientes de jurisdicción voluntaria, no existen “partes” que se puedan someter al tribunal.

2) En cuanto al sometimiento de los tribunales españoles en relación con una materia exclusiva de un tercer Estado, ni la LEC ni la LOPJ tratan este problema. En nuestra opinión, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles debe prevalecer, puesto que son las partes las que eligen litigar ante los jueces españoles en virtud de su autonomía de la voluntad.

3) No es necesario que el litigio presente una vinculación objetiva con España para considerar válido un acuerdo de sumisión a favor de los jueces y tribunales españoles conforme a la LEC o la LOPJ. El Reglamento 44/2001 o el Convenio de Bruselas, del que se copió el art. 22.2 LOPJ, tampoco lo exigen.

## **2. Artículo 37 LEC**

Art. 37. Falta de jurisdicción. Abstención de los tribunales civiles

1. Cuando un tribunal de la jurisdicción civil estime que el asunto que se le somete corresponde a la jurisdicción militar, o bien a un administración pública o al Tribunal de Cuentas cuando actúe en sus funciones contables, habrá de abstenerse de conocer.

2. Se abstendrán igualmente de conocer los tribunales civiles cuando se les sometan asuntos de los que corresponda conocer a los tribunales de otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria. Cuando el Tribunal de Cuentas ejerza funciones jurisdiccionales se entenderá integrado en el orden contencioso-administrativo.

## **2.1. Competencia de otras jurisdicciones**

El art. 37 LEC señala que los tribunales del orden civil se deben abstener de oficio cuando estimen que el asunto del que están conociendo le corresponde a otra jurisdicción. El precepto establece que hay falta de jurisdicción cuando el asunto debe ser conocido y resuelto por la Administración, por una jurisdicción especial o por otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria. Como la jurisdicción es un presupuesto del proceso, la falta de jurisdicción se debe apreciar siempre de oficio.

## **2.2. Competencia de otros órdenes jurisdiccionales**

La jurisdicción civil conocerá de aquellos asuntos que vengan atribuidos a ella por cualquier ley, teniendo en cuenta que, además de conocer de las materias que le son propias, conocerán de todas las demás que no estén atribuidas a ningún orden jurisdiccional (art. 9 LOPJ).

En este sentido, según dispone el artículo 9 LOPJ, “en este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisoria de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente”.

Sólo a efectos prejudiciales, los órdenes jurisdiccionales podrán conocer de cuestiones que no sean materia propia, a menos que se trate de una cuestión prejudicial penal y la ley no dijere lo contrario (art. 10 LOPJ).

## **3. Artículo 38 LEC**

Art. 38. Apreciación de oficio de la falta de competencia internacional y de jurisdicción.

La abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional.

### **3.1. Supuestos de apreciación de oficio de la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción**

La declaración de incompetencia de los tribunales españoles o la declaración de falta de jurisdicción de los tribunales españoles, por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional, se hará de oficio por el juez -con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal-, tan pronto como sea advertida la falta de competencia judicial internacional, en los casos de falta de competencia regulados en el art. 36.2 LEC. También puede el demandado denunciar mediante declinatoria la

falta de competencia judicial internacional (art. 39 LEC). Del contenido literal del art. 38 hay que deducir que la declaración de incompetencia de los tribunales españoles de oficio es una excepción que sólo se puede apreciar en los casos tasados en el art. 36.2 LEC. La regla general es, por tanto, que la falta de competencia de los tribunales españoles sólo se puede apreciar a instancia de la parte demandada mediante declinatoria y no de oficio por el tribunal español.

Igualmente, la falta de jurisdicción de un tribunal civil español se debe estimar de oficio cuando el asunto le corresponda a otro orden jurisdiccional. En concreto, como señala el art. 37 LEC, cuando el asunto deba resolverlo la Administración, una jurisdicción especial u otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria.

### 3.2. **Ámbito de aplicación**

Hay que tener en cuenta que esta norma sobre el tratamiento procesal de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles sólo es de aplicación en los casos donde, de forma subsidiaria, sea aplicable la normativa de Derecho internacional privado de producción interna. En primer lugar, hay que aplicar las normas de Derecho comunitario y los Convenios internacionales en vigor para España (art. 21 LOPJ y art. 96.I CE). Por ejemplo, el Reglamento 44/2001 establece que el tribunal se declarará de oficio incompetente, exclusivamente, en dos casos:

a) Art. 25 Reglamento 44/2001 (art. 19 Convenio de Bruselas y Convenio de Lugano): si conoce el juez de un Estado miembro a título principal de un litigio para el que los tribunales de otro Estado miembro fueren exclusivamente competentes en virtud del art. 22 Reglamento 44/2001 (art. 16 Convenio de Bruselas y Lugano).

b) Art. 26 Reglamento 44/2001 (art. 20 Convenio de Bruselas y Convenio de Lugano): si una persona domiciliada en un Estado miembro fuere demandada ante un tribunal de otro Estado miembro y no compareciera, dicho tribunal se declarará de oficio incompetente si su competencia no estuviera fundamentada en las disposiciones del Reglamento 44/2001 -foro del domicilio del demandado (art. 2), foros especiales por razón de la materia (art. 16), sumisión expresa alegada por el demandante (art. 23)- (AAP Cádiz, 1ª, 16.12.2002 (JUR 2003\127006)).

Surge una pregunta: ¿cabe el control de oficio de la competencia en el caso de elección expresa de tribunal de otro Estado miembro del Reglamento 44/2001? Sólo cabe el control de oficio de la competencia judicial si la parte interesada no impugna la competencia del juez que está conociendo y no se puede declarar competente en virtud de los foros establecidos en el Reglamento 44/2001 -sumisión tácita (art. 24), el foro del domicilio del demandado (art. 2) o alguno de los foros especiales (art. 5). Si no se impugna la competencia, el tribunal se puede declarar competente si concurre uno de los foros del Reglamento 44/2001 citados. Si se impugna la competencia por la existencia del acuerdo de sumisión expreso a favor de los tribunales de otro Estado miembro, el juez se declarará incompetente, pero a instancia de parte, siempre que hubiera podido conocer en virtud de alguno de los foros contemplados en el Reglamento 44/2001. No cabe controlar de oficio la competencia judicial internacional de los tribunales en los



casos de sumisión expresa a favor de tribunales de otros Estados miembros. Los arts. 25 y 26 Reglamento 44/2001 no lo permiten.

### **3.3. Tramitación procesal**

De forma subsidiaria, hay que aplicar lo dispuesto en el art. 38 LEC. Dicho precepto establece el procedimiento a seguir en los casos tasados de apreciación de oficio de falta de competencia internacional (art. 36) o falta de jurisdicción (art. 37) de los jueces españoles. La falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción se debe acordar de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. No establece la LEC el plazo en el que se debe observar esa falta de competencia o jurisdicción. Sólo señala que el tribunal se abstendrá “tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional”. Ahora bien, en el caso de falta de competencia judicial internacional por incomparecencia del demandado, en el supuesto en el que el tribunal español no pueda fundar su competencia en otro foro distinto, regulado en el art. 36.2.3º LEC, hay que esperar a que se produzca la rebeldía del demandado.

Se tramitará como un incidente que, por cierto, no está regulado en la LEC. Se debe considerar como un incidente de previo pronunciamiento de los regulados en el art. 391.3º donde se regula cualquier incidente que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, que no tenga ninguna tramitación especial en la LEC. En todo caso, se aplicará, para la admisión, sustanciación y decisión de las cuestiones incidentales, lo dispuesto en el art. 393 LEC (DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, 2001, p. 149).

Esta tramitación es aplicable de forma complementaria en los casos en que se aplique el Reglamento 44/2001, pues tampoco dispone nada del procedimiento a seguir en estos casos; de forma subsidiaria, cuando sean de aplicación las normas de producción interna españolas.

## **4. Artículo 39 LEC**

Art. 39. Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte.

El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia.

### **4.1. Supuestos de apreciación a instancia de parte de la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción**

El art. 39 LEC establece, como regla general, que la falta de competencia internacional de los jueces españoles o la falta de jurisdicción de los tribunales civiles por corresponder el asunto a

otro orden jurisdiccional sólo se puede apreciar a instancia de parte. Es la parte que interpone la declinatoria la que debe apreciar la falta de competencia judicial internacional de los jueces españoles. Por ejemplo, si existe un pacto de sumisión expresa a favor de los tribunales españoles, válido conforme al art. 22.2 LOPJ, y el demandado no comparece, se podrán declarar competentes aunque el demandado no comparezca si concurre alguno de los foros especiales por razón de la materia o el foro del domicilio del demandado previstos en el art. 22 LOPJ. De tal modo que, en este caso, si el demandado quiere impugnar la competencia de los tribunales españoles, debe comparecer e interponer, a instancia de parte, mediante declinatoria, la falta de competencia judicial internacional de nuestros tribunales conforme se prevé en el art. 39 LEC. Se trata de una novedad de la LEC que quedaba sin resolver en la LEC 1881 y que pone fin a la jurisprudencia del TS en esta materia, en virtud de la cual la no comparecencia del demandado o la comparecencia del demandado para impugnar la competencia y contestar, a su vez, la demanda *ad cautelam*, suponía sumisión tácita a los tribunales españoles (STS, 1ª, 29.1.1994 (RJ 1994\635), STS, 1ª, 18.5.1994 (RJ 1994\4095), STS, 1ª, 23.9.1994 (RJ 1994\6985), STS, 1ª, 4.3.1995 (RJ 1995\3132) y STS, 1ª, 22.5.1995 (RJ 1995\4090)). Existía, sin embargo, una jurisprudencia minoritaria del TS que no consideraba como sumisión tácita el hecho de que el demandado compareciera para plantear la inhibición, aunque contestase, en el mismo escrito, la demanda (STS, 1ª, 22.3.1991 (RJ 1991\2432) y STS, 1ª, 1.6.1995 (RJ 1995\4590)).

Ahora bien, conforme a la LEC, si el demandado hace cualquier actuación procesal distinta de la de proponer en forma la declinatoria de “competencia internacional” como “incidente de previo pronunciamiento” se considera que existe sumisión tácita de dicha parte a los tribunales españoles, pues no planteó en forma la excepción declinatoria (STS, 1ª, 27.11.2005 (RJ 2005\8153)).

#### 4.2. **Ámbito de aplicación**

Sin embargo, esta normativa sólo es aplicable en defecto de instrumento internacional aplicable para determinar la falta de competencia. En este sentido, el concepto de “comparecencia” del Reglamento 44/2001 (o del Convenio de Bruselas y de Lugano) es distinto al establecido en la LEC. De este modo, la comparecencia del demandado realizada para impugnar la competencia judicial internacional del tribunal no implica sumisión tácita por su parte. Tampoco hay sumisión tácita si el demandado impugna la competencia judicial internacional y hace valer, también, una defensa subsidiaria sobre el fondo del asunto o una demanda reconventional subsidiaria (STJCE 24.6.1981; STJCE 22.10.1981; STJCE 7.3.1985; STJCE 31.3.1982; TJCE 14.7.1983; STS, 1ª, 29.9.2005 (RJ 2005\7156)).

A diferencia del control de la competencia de oficio de los jueces de los Estados miembros del Reglamento 44/2001, este instrumento comunitario no regula el control de la competencia a instancia de parte por lo que, incluso siendo de aplicación el Reglamento 44/2001, habrá que aplicar dicho precepto de forma complementaria para colmar la laguna del Reglamento 44/2001 (igual sucede en el Convenio de Bruselas y en el Convenio de Lugano).

#### 4.3. Falta de jurisdicción por haber sometido el asunto a arbitraje

La referencia que realiza el artículo 39 LEC al sometimiento de la controversia al arbitraje es una reiteración de lo ya dicho por las normas especiales aplicables al caso. En efecto, tratándose de un litigio internacional, el Convenio Europeo sobre Arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, dispone que la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral supone la incompetencia del órgano jurisdiccional ante el que se presente la demanda<sup>9</sup>. El demandado en el proceso es quien debe alegar ante el juez el acuerdo o compromiso arbitral, puesto que el tribunal puede no conocer que las partes han pactado someter sus litigios al arbitraje (art. VI Convenio de Ginebra).

El Convenio de Ginebra se va a aplicar, respecto de litigios surgidos de operaciones del comercio internacional, cuando las partes del acuerdo o compromiso arbitral tengan, en el momento de celebrar dicho acuerdo o compromiso, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes.

En los casos en que no sea de aplicación el Convenio, la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 diciembre 2003, sería la norma a tener en cuenta<sup>10</sup>. Se trata de una norma de producción interna que se encarga de regular el arbitraje interno y el internacional.

En virtud del art. 11.1 de dicha Ley, el convenio arbitral obliga a las partes a someter el asunto al arbitraje, e impide, por tanto, que los órganos jurisdiccionales puedan conocer de las controversias, siempre que la parte interesada alegue la existencia de dicho convenio arbitral.

---

<sup>9</sup> BOE nº 238, 4.10.1975.

<sup>10</sup> BOE nº 309, 26.12.2003.

## 5. Tabla de sentencias

### Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
STJCE 24.6.1981	150/80	Elefanten Schuh GmbH c. Pierre Jacqmain
STJCE 22.10.1981	27/81	Établissements Rohr S.A. c. Dina Ossberger
STJCE 31.3.1982	48/84	Hannelore Spitzley c. Sommer Exploitation S.A.
STJCE 14.7.1983	25/81	C.H.W. c. G.J.H.
STJCE 7.3.1985	201/82	Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato

### Tribunal Constitucional

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC 1.7.1992	RTC 1992\107	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	Diana c. República de Sudáfrica
STC 27.10.1994	RTC 1994\292	Vicente Gimeno Sendra	Esperanza c. INSS, Tesorería General de la Seguridad Social y Embajada de Brasil
STC 28.9.1995	RTC 1995\140	Julio Diego González Campos	María del Carmen c. Giuseppe
STC 10.2.1997	RTC 1997\18	Carles Viver Pi-Sunyer	Emilio c. Embajada de Guinea Ecuatorial
STC 17.9.2001	RTC 2001\176	Rafael de Mendizábal Allende	Maite c. Consulado General de Francia
ATC 1.7.2002	RTC 2002\112	Guillermo Jiménez Sánchez	Encarnación c. Richard

### Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 8.11.1979	1ª, RJ 1979\3975	Eduardo Torres-Dulce Ruiz	María c. Embajada de Kuwait en España
STS, 10.2.1986	1ª, RJ 1986\727	Juan Antonio del Riego Fernández	Emilio c. Embajada de Guinea Ecuatorial
STS, 1.12.1986	1ª, RJ 1986\7231	José Lorca García	Diana c. República de Sudáfrica
STS, 22.3.1991	1ª, RJ 1991\2432	Alfonso Villagómez Rodil	Blas c. Diego
STS, 29.1.1994	1ª, RJ 1994\635	Pedro González Poveda	"Conservas Antonio, S.L." c. "Aceitunera de Campo Real, S.A.", María, M.ª Paloma, M.ª del Carmen y José Luis
STS, 18.5.1994	1ª, RJ 1994\4095	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	José Antonio c. Carlos, Julián y "Tribuna de Ediciones de Medios Informativos, S.A."
STS, 23.9.1994	1ª, RJ 1994\6985	Jesús Marina Martínez-Pardo	Demandante ( <i>no consta</i> ) c. "Tavar, S.A." y "Nissan Motor Ibérica, S.A."
STS, 1ª, 4.3.1995	RJ 1995\3132	Pedro González Poveda	Alicia c. "Agro 2001, S.A."

STS, 22.5.1995	1ª, RJ 1995\4090	Francisco Morales	Morales	Comunidad de Propietarios c. "Promotora Cánovas, S.A.", Rodolfo y Manuel
STS, 1ª, 1.6.1995	RJ 1995\4590	Eduardo de Temes	Fernández-Cid	Demetrio, Miguel, Francisco-Javier y Pedro c. Magdalena
ATS, 13.6.2005	1ª, RJ 2005\7041	Ignacio Sierra Cuesta	Gil de la	Estado y Gobierno de la República de Guinea Ecuatorial c. "Prensa Española S.A."
STS, 29.9.2005	1ª, RJ 2005\7156	Alfonso Villagómez Rodil		"UAP Ibérica Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A." c. "Texlar Shipping Co. Limited", "Spliethoff's Brevrchtingskantor BV" y "Montañesa de Consignaciones, S.A."
STS, 27.10.2005	1ª, RJ 2005\8153	Xavier Muñoz	O'Callaghan	"Afroeurop Trade Agency, S.A." c. "Commerce Management, LTD"

### Tribunales Superiores de Justicia

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STSJ Madrid, 1ª, 26.11.2002	AS 2003\1343	Josefina Triguero Agudo	Carlos Jesús c. Embajada de la República del Gabón
STSJ Madrid, 1ª, 29.6.2004	AS 2004\2401	Virginia García Alarcón	Julieta c. Embajada de Grecia

### Audiencias Provinciales

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
AAP Cádiz, 1ª, 16.12.2002	JUR 2003\127006	Manuel Gutiérrez Luna	Juan Ramón y Dolores c. Casimiro y Maribel
AAP Badajoz, 1ª, 4.11.2003	JUR 2004\49879	Marina Muñoz Acero	"LORENPEMAR, S.L." c. demandado ( <i>no consta</i> )
SAP Almería, 1ª, 15.7.2004	JUR 2004\256607	Gema Solar Beltrán	"Comercial de Fontanería y Sanitarios S.A." c. Consulado del Reino de Marruecos en Almería
AAP Cádiz, 1ª, 8.11.2004	JUR 2005\78178	Ana María Rubio Encinas	"Montasa-Montajes e Instalaciones Industriales, S.A." c. Estados Unidos de América

## 6. Bibliografía

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (1987), "Control de la competencia judicial internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IV, pp. 64-79.

Rafael ARENAS GARCÍA (1996), *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex.

-- (2001), "Falta de impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC 2000", *AEDIP*, I, pp. 155-159.

Mathias AUDIT (2004), "L'interpretation autonome du droit international privé communautaire", *Journal du Droit International*, pp. 789-816.

Stefania BARIATTI (2003), "Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, pp. 671 y ss.

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (2006), *Derecho internacional privado*, vol. I, 7<sup>a</sup> ed., Comares, Granada.

-- (2001), *Práctica Procesal Civil Internacional*, Comares, Granada.

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA (2003), "El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea", *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, pp. 277-300.

Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001), "Arts. 36 a 39 LEC", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, pp. 145-150.

Miguel VIRGÓS SORIANO y Francisco GARCIMARTÍN (2000), *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, Civitas, Madrid.

# Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil

Las cuestiones prejudiciales (arts. 40 a 43 LEC)

**Emiliano Carretero Morales**

Procurador de los Tribunales  
Profesor Asociado de Derecho Procesal  
Universidad Carlos III de Madrid

407

## *Sumario*

1. Artículo 40. Prejudicialidad penal
  - 1.1. Presupuestos de la suspensión del proceso civil
    - a. Aparición de hechos que revistan caracteres delictivos
    - b. Existencia de una causa criminal
    - c. Hechos que tengan influencia decisiva en la resolución del asunto civil
    - d. Influencia decisiva de la cuestión prejudicial penal en la resolución sobre el asunto civil
    - e. Resolución de suspensión del proceso civil
  - 1.2. Supuestos en los que no cabe la suspensión del proceso civil
  - 1.3. Cuestiones prejudiciales sobre falsedad documental y presupuestos para acordar la suspensión del proceso civil
2. Artículo 41 LEC. Recursos contra la resolución sobre suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal
3. Artículo 42 LEC. Cuestiones prejudiciales no penales
  - 3.1. Regla general. No devolutividad de la cuestión prejudicial
  - 3.2. Excepción. Devolutividad de la cuestión prejudicial
4. Artículo 43. Prejudicialidad civil
  - 4.1. Acumulación de autos
  - 4.2. Presupuestos que han de concurrir para acordar la suspensión
  - 4.3. Supuestos en los que no cabe suspensión
5. Tabla de sentencias
6. Bibliografía



## **1. Artículo 40. Prejudicialidad penal**

*Artículo 40. Prejudicialidad penal.*

*“1. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.*

*2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias:*

*1ª. Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.*

*2ª. Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.*

*3. La suspensión a que se refiere el apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.*

*4. No obstante, la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.*

*5. En el caso a que se refiere el apartado anterior no se acordará la suspensión, o se alzarán la que se hubiese acordado, si la parte a la que pudiere favorecer el documento renunciare a él. Hecha la renuncia, se ordenará que el documento sea separado de los autos.*

*6. Las suspensiones a que se refiere este artículo se alzarán cuando se acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación.*

*7. Si la causa penal sobre la falsedad de un documento obedeciere a denuncia o querrela de una de las partes y finalizare por resolución en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del proceso civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes.”.*

No resulta sencillo, en ocasiones, encajar una determinada materia dentro del ámbito de alguno de los cuatro órdenes jurisdiccionales existentes en la actualidad, a saber, civil, penal, administrativo y social, toda vez que los mismos no están configurados como compartimentos estancos, pudiendo producirse verdaderos problemas para determinar a qué orden jurisdiccional debe corresponder el conocimiento de un determinado asunto. También puede ocurrir que, aún estando determinado el orden jurisdiccional que ha de conocer, surja a lo largo de su tramitación procesal, y con carácter previo a su resolución, alguna cuestión que se haya de solventar como antecedente de la principal, siendo asimismo posible que esa cuestión previa, por razón de la materia sobre la que verse, haya de ser enjuiciada por un orden jurisdiccional distinto de aquél que se esté ocupando del proceso.

Este es el caso de las cuestiones prejudiciales, que se podrían definir como aquéllas que surgen en el seno de un proceso y cuyo objeto se encuentra íntimamente relacionado con el objeto principal

o de fondo, hasta el punto que deben de ser resueltas, con carácter previo, por el mismo o por otro orden jurisdiccional, pues impiden o condicionan la resolución del asunto principal. Serían, pues, todo juicio que debe formarse, con carácter previo, para poder formular el definitivo sobre la cuestión principal, guardando la prejudicialidad una conexión de lógica jurídica con el tema que se debate.

El Tribunal Constitucional ha venido realizando pronunciamientos relevantes sobre la prejudicialidad, como la obligadamente devolutiva, esto es, cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir una cuestión prejudicial al conocimiento de otro orden jurisdiccional, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el tribunal competente se pueda derivar la limitación del derecho a la libertad. En tal caso, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal, del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, da lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no se puede considerar como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos estos esenciales del derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la Constitución española (en adelante, CE) (SSTC 30/1996 [RTC 1996/30] y 255/2000 [RTC 2000/255]).

El órgano judicial civil ante el que se ha suscitado la cuestión prejudicial no puede dirimirla, sino que debe hacerlo el que tenga atribuida la competencia para resolverla en calidad de principal. La resolución dictada por este órgano sobre el problema prejudicial vincula al tribunal encargado de tramitar el proceso donde la cuestión se ha planteado a título prejudicial. A pesar de la competencia que tiene atribuida el órgano judicial que tramita un proceso civil para conocer de todas las incidencias que se presenten en el mismo -la llamada competencia funcional por conexión-, cuando esta posible incidencia influya en la resolución del asunto principal, tiene lugar una restricción del principio de competencia funcional, ya que se considera que es más conveniente que la cuestión se resuelva por el órgano con competencia para hacerlo.

La relevancia prejudicial concurre, pues, cuando la cuestión deviene necesaria para decidir la principal, esto es, condiciona el sentido de la resolución del pleito. El hecho de que el órgano encargado de resolver la cuestión principal deba deferir la resolución de la prejudicial al órgano competente para conocerla en calidad de principal comporta forzosamente la necesidad de esperar la resolución que, respecto del tema prejudicial, debe emitir este órgano competente, que se traduce en la suspensión de las actuaciones civiles hasta que se produzca la decisión sobre la cuestión prejudicial y, de no hacerse así, según ha venido declarando el Tribunal Constitucional en las referidas resoluciones, la resolución judicial adoptada por el tribunal que conozca del asunto principal no se podría considerar como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, vulnerándose en consecuencia el derecho a la tutela judicial efectiva.

Se busca, con ello, evitar que se dicten resoluciones cuyos presupuestos de hecho sean contradictorios, es decir, que un hecho tenido por cierto por un orden jurisdiccional llegue a ser considerado inexistente por otro. En realidad, la suspensión del proceso civil está íntimamente

ligada con la importancia que esos hechos de apariencia delictiva tienen, precisamente, respecto de la decisión que se debe adoptar en el proceso civil. Es decir, para encontrarnos en uno de los supuestos de prejudicialidad penal, el hecho de apariencia delictiva debe ser uno de los hechos constitutivos de la acción del demandante, o bien algún hecho impeditivo, extintivo o excluyente alegado por el demandado en su contestación a la demanda. Por tanto, nos encontraríamos ante hechos comunes a ambos procesos y cuya influencia sería decisiva en cuanto a la concesión o no de la tutela jurídica solicitada en el ámbito civil. Con la suspensión del proceso civil se busca evitar una especie de litispendencia impropia, que se daría en la medida en que los mismos hechos serían enjuiciados en dos procedimientos distintos, ante órdenes distintos y con la peculiaridad de que, en uno de ellos, ese enjuiciamiento se haría a título prejudicial y, en el otro, a título principal.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, con relación a la cuestión no devolutiva, ha proclamado su legitimidad constitucional y, concretamente, en los asuntos complejos, donde se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento, cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos. Es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, pues no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial. Corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolverla, sin que sea necesario suspender el curso de las actuaciones, siempre que la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente (SSTC 190/1999 [RTC 1999/190] y 278/2000 [RTC 2000/278]).

En virtud de esta naturaleza no devolutiva, la cuestión prejudicial que surja en el litigio civil será resuelta por el mismo juez y en el mismo proceso en el que se decide la principal. El juez o tribunal que enjuicia la cuestión principal también será el encargado de resolver las cuestiones prejudiciales que se planteen en el procedimiento, aunque éstas puedan pertenecer a un orden jurisdiccional distinto o sean competencia de otro órgano judicial objetiva o territorialmente. De esta forma, el juez que conoce un proceso civil concreto resuelve, no solamente la cuestión principal, sino también las prejudiciales que se puedan plantear, tanto homogéneas, es decir, las que son de la misma naturaleza jurídica que el objeto principal, como heterogéneas, cuya naturaleza jurídica difiere del objeto del proceso principal al plantear temas de una rama jurisdiccional distinta. En estos casos, sin embargo, la decisión sobre la cuestión prejudicial se entiende limitada a los efectos del enjuiciamiento de que se trate, es decir, la decisión de la cuestión prejudicial se produce *incidenter tantum*, motivo por el cual sólo tiene valor en la medida en que permite resolver la cuestión principal, siempre y cuando la cuestión no haya sido resuelta previamente en el orden jurisdiccional competente para el conocimiento de la misma.

El art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) acoge el principio de la colaboración jurisdiccional y establece que, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. No obstante, en materia penal, se establece que la cuestión prejudicial de esa naturaleza, de la que no se pueda

prescindir para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.

Con una regulación más completa y sistemática, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) ha venido a mantener los criterios que ya se establecían en la legislación precedente sobre esta materia. Sin embargo, también añade alguna previsión novedosa que ha merecido una valoración favorable por parte del Consejo General del Poder Judicial, como así lo hizo constar en su informe preceptivo al anteproyecto. Importante novedad de la vigente regulación es la que permite, en los supuestos de posibles falsedades documentales, que no se acuerde la suspensión o se alce la que se hubiere acordado, si la parte a quien pudiere favorecer el documento controvertido renunciare a él, en cuyo caso se ordenará que el documento sea separado de los autos y no tendrá efecto alguno en el procedimiento civil, todo ello en aras de potenciar la celeridad del procedimiento, evitando dilaciones indebidas, cuestión que se abordará detalladamente más adelante.

Los arts. 40 a 43 LEC, que comentamos aquí, regulan los supuestos de prejudicialidad penal, no penal y, específicamente, civil, buscando la máxima celeridad y efectividad del proceso, tratando de evitar dilaciones indebidas y reduciendo las causas de suspensión, admitiéndola con cautelas cuando no hay más solución que acordarla.

### **1.1. Presupuestos de la suspensión del proceso civil**

Respecto de la prejudicialidad penal, regulada en el art. 40 LEC, se establece que, cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia delictiva, delito o falta, perseguible de oficio, el tribunal civil habrá de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, pero no se ordenará la suspensión del proceso sino cuando concurren varias circunstancias: que se acredite la existencia de causa criminal pendiente en la que se investiguen hechos que fundamenten las pretensiones civiles y que la decisión del tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. Además, la suspensión se acordará mediante auto pero, una vez que el procedimiento se encuentre pendiente de sentencia, con lo cual no se paraliza el procedimiento hasta dicho momento procesal, evitando de esta forma la desaparición de las pruebas o la dificultad de practicar las mismas en un momento posterior.

Se contiene también la clásica regla relativa a la falsedad documental, pero con alguna novedad, como se ha comentado anteriormente, ya que la existencia de un delito de falsedad de los documentos aportados en el procedimiento motivará la suspensión, sin esperar a la conclusión y tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre dicha falsedad y que dicho documento puede ser decisivo para la resolución del fondo del asunto del proceso civil. Ello salvo que la parte que se pueda ver favorecida con dicho documento renuncie al mismo, en cuyo caso se separa de los autos, continuándose con la tramitación del procedimiento. La suspensión se alzarán cuando el juicio criminal termine o se encuentre paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación. Además, si no se prueba la falsedad del documento, la parte a quien perjudique la suspensión del proceso podrá pedir, en el propio procedimiento civil,

indemnización de daños y perjuicios conforme al procedimiento que, de esta naturaleza, aparece regulado en la ejecución de sentencias.

a) Aparición de hechos que revistan caracteres delictivos

Disecionando el referido artículo, resulta que, en su apartado 1, se establece que: “Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal”.

El legislador exige así la mera apariencia de delito, o incluso de falta, para que el juez o tribunal, sin necesidad de dar audiencia a las partes, lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, mediante providencia, a fin de que éste inicie las acciones oportunas. Toda vez que es una cuestión de orden público, el juez o tribunal civil, bajo pena de incurrir en prevaricación, está obligado a dar cuenta al Ministerio Fiscal de los hechos criminales de los que tenga conocimiento en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, incluso de las faltas, aunque éstas, según parte de la doctrina, no darán lugar a la suspensión del procedimiento.

Parece evidente que, en el mismo momento en que en un proceso civil surjan indicios de la existencia de una conducta delictiva, nace la obligación de investigarlos y, llegado el caso, de enjuiciarlos. Esta necesidad deriva de la vigencia del principio de oficialidad y del interés público que afecta directamente a las cuestiones penales en nuestro ordenamiento jurídico, siendo la reacción de las autoridades públicas ante conductas de apariencia delictiva obligatoria necesaria e inmediata.

Del tenor literal del referido precepto parece que se dejan fuera de su ámbito de aplicación los supuestos donde el asunto prejudicial tiene por objeto un delito o falta perseguible sólo a instancia de parte, a diferencia del art. 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, LEC 1881), precepto que no partía de un supuesto previamente definido sino que, simplemente, establecía las condiciones para que cualquier cuestión prejudicial penal aparecida en un proceso civil tuviese carácter devolutivo. Habría sido preferible que el art. 40.1 LEC no limitase semánticamente la aplicación del precepto a los delitos y faltas perseguibles de oficio y, de esta forma, incluir también los que lo son a instancia de parte, ya que si su intención es recoger un supuesto general de prejudicialidad penal en un proceso civil, lo más razonable es que su campo de aplicación abarque cualquier tipo de asunto penal que pudiera tener lugar durante la tramitación del procedimiento civil y se presentara como prejudicial.

Lo único que la Ley confiere al juez en exclusiva es la promoción de la causa criminal, como no podía ser de otra forma, previa concurrencia de los presupuestos oportunos, pero el silencio legal es absoluto sobre el modo en que el juez llega a tomar conocimiento de que algunos de los hechos sobre los que se ha de pronunciar revisten apariencia delictiva.

Atendiendo a criterios de lógica jurídica y a la regla de que todo aquello que el tribunal puede

hacer de oficio puede también ser pedido por las partes, habría que reconocer la posibilidad de que solicitaran la suspensión del procedimiento como consecuencia de la aparición de hechos de relevancia penal. La función del juez civil consistiría, entonces, en analizar si son constitutivos de un delito de los perseguibles de oficio y, si efectivamente lo fueran, si se debería pronunciar sobre ellos para poder otorgar o denegar la tutela jurídica solicitada. Por tanto, si el juez o tribunal civil no apreciara de oficio la apariencia de delito o falta, nada impediría que las partes, mediante la interposición de la oportuna denuncia o querrela, instaran las acciones penales oportunas, aunque en la práctica raramente las instan directamente, resultándoles más cómodo solicitarlo del juzgado, amén de menos comprometido en orden a una posible imposición de costas.

El tribunal civil, fundándose en normas penales, no civiles, debe valorar si, efectivamente, los hechos en cuestión tienen o no apariencia delictiva. El apartado segundo del art. 40 LEC, que establece los requisitos o presupuestos que han de concurrir para acordar la suspensión del proceso civil, se refiere sólo a hechos de “apariencia delictiva”, omite la referencia a las faltas.

Así, existen posturas doctrinales que abogan por una interpretación restrictiva del mencionado precepto de modo que, para que la cuestión prejudicial penal sea devolutiva y suspenda el curso del procedimiento civil, sería necesario que planteara hechos descritos penalmente como delitos. La existencia de hechos constitutivos de falta no suspendería el curso del proceso civil, sino que se trataría de cuestiones prejudiciales no devolutivas. Por el contrario, otro sector doctrinal entiende que cabría interpretar dicho precepto de forma más amplia, de modo que englobaría hechos constitutivos de delito y de falta, suponiendo un aumento considerable de los supuestos que podrían desencadenar la suspensión del proceso civil.

Pues bien, entendemos que lo que realmente justifica que una cuestión prejudicial se resuelva según el criterio devolutivo radica básicamente, por un lado, en la relevancia del problema prejudicial a la hora de resolver la cuestión principal y, del otro, en la existencia del procedimiento donde el tema prejudicial civil se examina de forma independiente. El hecho de que sea delito o falta, por sí mismo, no debería de resultar concluyente para determinar la devolutividad o no de la cuestión prejudicial.

#### b) Existencia de una causa criminal

Establece el art. 40.2 LEC que: “En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias (...)”. Se establece, por tanto, como regla general para resolver los supuestos de prejudicialidad penal, la no devolutividad de la cuestión penal surgida en el proceso civil y, por tanto, la no suspensión de éste, lo que supone una innovación de la LEC, a diferencia de la anterior LEC 1881 que, en su art. 362, sólo aludía a las circunstancias en las que la cuestión prejudicial penal en un proceso civil era devolutiva. Se establece, pues, un principio general consistente en que sólo se pueden suspender las actuaciones, por cuestiones prejudiciales penales, en los casos que se contemplan en las dos reglas siguientes del mismo precepto, constituyendo una cláusula cerrada que no admite interpretación extensiva.

La primera de estas reglas o circunstancias en las que ha lugar a acordar la suspensión de las actuaciones del proceso civil viene establecida en el art. 40.2.1º LEC: “Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil”.

No basta, pues, la mera constancia de hechos delictivos o de apariencia delictiva, sino que es preciso, además, que exista una causa criminal incoada. Es irrelevante cómo se haya iniciado, de oficio, en virtud de querrela o por mera denuncia. También resulta indiferente el momento temporal en el que se ha producido la incoación de la causa penal, con anterioridad o simultáneamente a la pendencia del proceso civil, y la fase procesal de tramitación que haya alcanzado. Únicamente es necesario que éste haya comenzado y que esté pendiente de resolución.

El problema radica en determinar cuándo se puede hablar de la *existencia de causa criminal*. Parte de la doctrina ha entendido que la litispendencia penal nace con la presentación de querrela o denuncia, sobre la idea de que es en ese escrito inicial donde queda determinado el objeto del proceso penal, de tal modo que si la litispendencia tiene por finalidad evitar un proceso posterior sobre un mismo objeto, es lógico concluir que la litispendencia surge en el mismo momento en el que queda delimitado el objeto del proceso. Además, esta postura se ajusta a la literalidad del precepto donde se encuentran establecidos los requisitos necesarios para que la cuestión sea devolutiva, pues el art. 40 LEC sólo habla de la existencia de una causa criminal, sin exigir la admisión de escrito alguno.

El punto débil de esta teoría de la presentación lo constituye el riesgo de suspensiones inútiles del proceso civil a que puede dar lugar en el supuesto de que la denuncia o querrela fuese posteriormente inadmitida a trámite. Además, favorece las querrelas o denuncias sin fundamento, presentadas únicamente con el fin de paralizar o dilatar indefinidamente las actuaciones civiles.

Por esa razón, parece más conveniente mantener que la litispendencia comienza a partir del momento en que la querrela o la denuncia es admitida y, en consecuencia, se ordena la instrucción del proceso, siendo necesario, pues, un acto expreso del órgano penal, después de la comprobación de la verosimilitud de los hechos y de su carácter delictivo, que permita pasar a las subsiguientes actuaciones procesales que correspondan. Por tanto, no sería suficiente, para hablar de causa criminal a efectos de la devolutividad de la cuestión prejudicial y consiguiente suspensión de las actuaciones civiles, con la simple presentación de la querrela o denuncia sino que, además, sería necesaria su admisión por parte del órgano jurisdiccional.

El art. 40 LEC exige, además de la existencia de una causa criminal que se acredite ante el tribunal que esté conociendo del proceso civil, un acto de acreditación del inicio o de la tramitación del procedimiento penal que, normalmente y por propio interés, corresponderá al litigante que plantea la cuestión prejudicial.

Asunto importante es también, sin duda, el de la finalización del proceso penal, que se producirá con cualquier resolución firme que el órgano jurisdiccional penal dicte para poner fin al mismo, sea de forma provisional o definitiva. Hay que tomar en consideración que la existencia y la pendencia de un procedimiento penal determina, a su vez, el tiempo de paralización o de suspensión del proceso civil. En consecuencia, tanto la terminación definitiva como la provisional del procedimiento penal han de dar lugar al fin de la pendencia del proceso civil toda vez que, en caso contrario, y de entender que la finalización provisional del proceso penal no implica su fin, la pendencia del civil se podría prolongar indefinidamente en el tiempo, lo cual resultaría de todo punto injustificable.

c) Hechos que tengan influencia decisiva en la resolución del asunto civil

El apartado segundo del art. 40 LEC exige también, para que se pueda suspender el curso de las actuaciones civiles, que los hechos de apariencia delictiva que se estén investigando en la causa criminal sean alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. Así pues, le corresponde al órgano civil valorar si los hechos objeto de ese proceso penal se corresponden con hechos fundamentales de las partes en el litigio. Se trataría de una simple valoración fáctica que deja al margen la calificación jurídico-penal que pudieran tener esos hechos; así, el juez civil no ha de entrar a valorar si revisten o no apariencia delictiva, pues esa valoración ya la ha realizado el juez penal que ha incoado la causa criminal pendiente. Por tanto, simplemente ha de observar y comparar los hechos que aparecen en ambos procesos y determinar si se corresponden con hechos que fundamentan las pretensiones formuladas en la causa civil, pues los hechos con apariencia delictiva, objeto de la cuestión prejudicial penal, se han de presentar a la vez como elementos que fundamentan la pretensión o la oposición de las partes en el procedimiento civil (SAP Vizcaya 21.2.2003 [AC 2003/912], SAP Pontevedra 27.6.2003 [AC 2003/1791], SAP Las Palmas 30.3.2005 [JUR 2005/130697]).

De esta forma, no cualquier hecho que ofrezca apariencia delictiva y que sea alegado en el procedimiento civil conllevará la suspensión, sino que es necesario que desempeñen una determinada función en el litigio. No se trata de que exista identidad absoluta sin más entre los hechos alegados en el proceso penal y los alegados en el civil. Se trata de comprobar si los hechos del proceso penal deben llegar a impedir al juez civil fallar el pleito o resolver el asunto, es decir, si el hecho perseguido penalmente es precisamente alguno de los hechos constitutivos de la pretensión civil o alguno de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes en que se funda la defensa del demandado.

En lo que atañe a las cuestiones prejudiciales penales que se rigen por el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), las que versan sobre hechos delictivos perseguibles a instancia de parte, también en este caso la devolutividad exigiría que los hechos delictivos planteados en la cuestión prejudicial fueran hechos que cumplieran, en el proceso civil, la función de fundamentar las pretensiones de las partes. Así, el Tribunal Supremo ha impuesto a la aplicación de este precepto una serie de limitaciones con el fin de evitar una utilización



desproporcionada e ilícita del mismo por las partes del proceso civil, de modo que la identidad del hecho civil y penal ha de ser total y absoluta, el hecho objeto del proceso penal debe ser determinante por sí solo de la sentencia civil (STS 15.12.1989 [RJ 1989/8835], STS 11.6.1992 [RJ 1992/5124]).

d) Influencia decisiva de la cuestión prejudicial penal en la resolución sobre el asunto civil

Otro de los presupuestos que han de concurrir para que la cuestión penal sea devolutiva y, en consecuencia, lleve aparejada la suspensión del proceso civil, es el contenido en el art. 40.2.2º LEC, que establece que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

El legislador requiere, no sólo un juicio de probabilidad sobre la existencia de un delito y la condena correspondiente, sino que ello tenga realmente influencia decisiva en el asunto civil por lo que, cuando la causa penal tenga meramente un valor accesorio, no podrá acordarse la suspensión. No se debe despreciar la importancia que una relación de hechos probados en un proceso penal pueda tener en una causa civil, aunque éstos no sean vinculantes en términos de cosa juzgada pues, como presunción o indicio, y en relación con otros, pueden ser la base de una importante prueba indiciaria. El tribunal civil, a la hora de valorar la influencia de los hechos penales, podrá no sólo tener en cuenta la relación directa de dichos hechos, sino también la indirecta, pues junto con otros medios de prueba puede llegar a ser un elemento valioso para formar la convicción judicial.

Ahora bien, es un presupuesto difícil de concretar si tenemos en cuenta que es el juez civil el que ha de determinar si la causa penal tiene realmente influencia decisiva o no en la resolución de la civil, si la condiciona, si es imprescindible su resolución para la del proceso civil. Sólo en el supuesto de que el juez civil llegue a la convicción de que no puede prescindir de la cuestión prejudicial penal para poder dictar sentencia, porque de dicha cuestión dependerá la resolución, se podrá hablar de influencia decisiva de la resolución de la cuestión prejudicial penal en la decisión civil.

Por lo que respecta a las cuestiones prejudiciales referentes a delitos y faltas perseguibles a instancia de parte, el art. 114 LECrim, al referirse a la identidad de hechos de los procesos penal y civil, también condiciona su devolutividad a la relevancia que deben ejercer las cuestiones prejudiciales penales en la decisión de la cuestión principal civil y pasa, por tanto, porque la influencia en la decisión de la cuestión principal la desplieguen aquellos hechos penales que, a la vez, sean de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

e) Resolución de suspensión del proceso civil

El art. 40.3 LEC establece que la suspensión a la que se refiere en su apartado anterior se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia.

Se requiere, pues, que el tribunal civil motive su decisión mediante auto, no basta una mera providencia, pero acertadamente retrasa dicha resolución al momento en el que el proceso esté únicamente pendiente de sentencia, una vez concluido el periodo de práctica de la prueba y de alegaciones para la valoración de la misma, en el caso de que así procediese, con lo que el juez, con pleno conocimiento de la causa, resolverá sin el riesgo que implica pronunciarse sin valorar todos los elementos del litigio, que era lo que sucedía con la LEC 1881 y, por tanto, el juicio de probabilidad sobre la influencia decisiva o no de la causa penal en el proceso civil se podrá motivar en el auto con mayor exhaustividad, pues hasta este momento se producían suspensiones que, tras la reanulación, se comprobaban estériles y cuyo fin último era el de dilatar al máximo el procedimiento, pero que se hacían necesarias por el riesgo de causar un perjuicio irreparable a la parte que se presumía podía beneficiarse de la resolución penal.

### **1.2. Supuestos en los que no cabe la suspensión del proceso civil**

La mera circunstancia de la aparición en un proceso civil de un hecho con apariencia de constitutivo de delito o falta perseguible de oficio no implica necesariamente que haya de ser suspendido hasta que recaiga resolución sobre dichas cuestiones penales. Como se ha comentado anteriormente, es preciso que concurren los requisitos y presupuestos establecidos en el art. 40.2 LEC para poder acordar la suspensión del proceso civil.

De esta manera, si los hechos delictivos que integran la cuestión prejudicial penal no son de los que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil, aunque puedan ser constitutivos de un delito o falta perseguible de oficio, si no justifican o se presentan como hechos claves que sirvan para identificar y argumentar las pretensiones de las partes, como podría ser el caso, por ejemplo, de las cuestiones prejudiciales penales que se planteen respecto de determinados medios de prueba, como la falsedad de un testigo, su resolución no llevará aparejada la suspensión del proceso civil. A la misma solución se habría de llegar, si el juez civil entiende que la cuestión prejudicial penal no tiene relevancia en la decisión del proceso civil, es decir, que podría perfectamente resolver éste, sin necesidad de esperar a la resolución final del asunto penal, como sucedería, por ejemplo, con las cuestiones prejudiciales que se refieren a los aspectos procesales del pleito (STS 23.1.2001 [RJ2001/98]).

Por último, tampoco cabría acordar la suspensión de la causa civil si no se acredita suficientemente ante el juez o tribunal civil la existencia de la causa criminal. Evidentemente, para poder suspender, el juez habrá de tener constancia de la causa penal donde se vaya a decidir la cuestión que se plantea como prejudicial en el proceso civil (SAP Castellón 3.9.2004 [JUR 2004/315265], SAP Cuenca 25.4.2005 [JUR 20057105820]).

### **1.3. Cuestiones prejudiciales sobre falsedad documental y presupuestos para acordar la suspensión del proceso civil**

Establece el art. 40.4 LEC que: "No obstante, la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa

criminal sobre aquel delito, cuando a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto”.

En virtud de esta disposición, la norma general consistente en aplazar el momento de la suspensión hasta que los autos queden vistos para sentencia quiebra cuando se trata de la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados, supuesto en el que la paralización del proceso civil se producirá tan pronto como se acredite que se sigue una causa criminal por el citado delito y que, a juicio del juez o tribunal civil, dicho documento pudiera resultar decisivo para resolver el propio proceso civil.

Ahora bien, puede suceder que el juez civil al que se le plantee la cuestión prejudicial por la existencia de la posible falsedad documental entienda que el documento no le resulta decisivo o imprescindible para resolver la causa civil. En este caso, nada obstaría a que el procedimiento civil continuara su curso y que, avanzada la tramitación, el juez pudiera acordar la suspensión en cualquier momento previo a la sentencia, si constata o verifica que dicho documento sí es realmente decisivo para la resolución de la causa civil, por lo que habría de esperar a la resolución que sobre él recayera en los autos penales.

Si bien quizás lo más cómodo y lo menos arriesgado sea posponer la suspensión del proceso al momento previo al dictado de la sentencia, hay que tener en cuenta que, cuando la influencia del documento sea realmente clara y evidente para la correcta resolución del proceso, habrá de acordar la suspensión tan pronto como constate la existencia de causa penal que investigue la falsedad de dicho documento. Y es que los términos del debate y las pruebas a practicar en el devenir de los autos serán absolutamente diferentes con condena o absolución, por lo que si la paralización del proceso civil se efectúa después de practicada toda la prueba y justo antes de dictarse sentencia, no se podrán practicar nuevas pruebas sobre la importancia de la resolución penal, pudiendo generarse indefensión e incluso riesgo de nulidad de actuaciones.

La falsedad que se atribuye al documento se ha de tratar de falsedad penal y no civil, debe incluir tipicidad delictiva. Las conductas constitutivas de delito de falsedad vienen tipificadas en los arts. 390 a 399 del Código Penal (en adelante, CP) y se resumen en cuatro modalidades: la alteración de un elemento o requisito esencial del documento, la simulación de un documento induciendo a error sobre su autenticidad, el hecho de suponer la intervención de alguien que no la ha tenido o atribuir manifestaciones diferentes a alguien que sí ha intervenido y faltar a la verdad en la narración de los hechos.

Los comportamientos que describen estos artículos como hechos delictivos tienen carácter público y, por tanto, son perseguibles de oficio. Por otra parte, cabe destacar también que el art. 26 CP considera documento todo tipo de soporte material. Por tanto, no sólo el papel tiene tal consideración, sino también cualquier soporte donde poder registrar hechos, narraciones, declaraciones o datos con eficacia probatoria o con cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Para poder acordar la suspensión del proceso civil la falsedad se ha de referir a documentos en

los cuales las partes fundamenten sus pretensiones, ha de ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto. En definitiva, de la estimación y valoración del documento debe depender o no que se declare probado un hecho en el que inexcusablemente haya de fundarse la sentencia civil ya que, si dicho hecho puede resultar probado de otro modo o se puede prescindir de él en el fallo, no cabría o no procedería acordar la suspensión del procedimiento (STS 25.3.2003 [RJ 2003/2924], STS 30.9.1996 [RJ1996/6824]).

Debe existir, pues, un doble nexo causal: por una parte, entre el documento y el hecho, de forma que no haya otro medio para probarlo y, de la otra, entre el hecho y la tutela que solicita alguna de las partes, es decir, que el hecho necesitado de prueba documental sea alguno de los constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes de los que no se puede prescindir a fin de obtener la tutela judicial solicitada. Le corresponde al órgano civil determinar que esos nexos causales existen efectivamente, para poder proceder a la paralización del proceso, si bien para realizar esta determinación se habrá de basar en normas de naturaleza penal, calificando o incardinando dichos hechos que han dado lugar a la falsedad documental en su tipo correspondiente, aunque realmente este juicio ya ha sido formulado por el instructor penal al abrir la investigación penal sobre los citados hechos.

En caso de que el juez civil considere que el documento tiene carácter determinante para la resolución del pleito, y a pesar de que se haya formulado cuestión prejudicial por la existencia de causa penal abierta para investigar la posible falsedad del documento, si el hecho a que se refiere el documento puede quedar acreditado por cualquier otro medio probatorio no cabría acordar la paralización del proceso civil. Ello no implica, evidentemente, que el hecho delictivo vaya a quedar exento de investigación y, en su caso, de condena. Únicamente sucede que, en el proceso civil, no surtirá eficacia alguna y la responsabilidad penal será extraída, en su caso, por el órgano penal.

Además, para que proceda acordar la suspensión de los autos civiles, es necesaria la existencia de un proceso penal en curso sobre la falsedad documental. Por tanto, la simple alegación de la falsedad no tiene consecuencias procesales si no lleva aparejada la apertura de un procedimiento penal para la investigación del posible delito. Ya no se exige de forma expresa, como en la anterior LEC 1881, que la causa criminal haya comenzado mediante la interposición de querrela. La Ley sólo requiere la existencia de un proceso penal abierto, por tanto, es indiferente la forma en la que se haya incoado la causa criminal y el sujeto que la haya instado - las partes en el proceso civil, un tercero, el Ministerio Fiscal, incluso nada obstaría a que el propio órgano judicial civil de oficio pudiera hacerlo.

Asimismo, tampoco resulta relevante, para determinar la suspensión o no del procedimiento civil, el momento en que haya sido incoada la causa penal y la fase procesal en la que ésta se encuentre. Basta, para acordar la paralización, con acreditar la simple admisión de la denuncia o querrela, el inicio de oficio y la pendencia de la causa criminal, eso sí, siempre que se cumplan con rigidez el resto de presupuestos exigidos por el propio art. 40.4 LEC. Para que el juez o tribunal civil acuerde la suspensión será necesario, en todo caso, que se le acredite, como se ha

comentado, la existencia y pendencia de la causa criminal y, como regla general corresponderá a la parte que quiere hacer valer la falsedad del documento probar que se sigue un procedimiento penal por delito, mediante certificación emitida por el órgano penal instructor.

Por otra parte, establece el art. 40.5 LEC: “En el caso a que se refiere el apartado anterior no se acordará la suspensión, o se alzaré la que se hubiese acordado, si la parte a la que pudiere favorecer el documento renunciare a él. Hecha la renuncia, se ordenará que el documento sea apartado de los autos”.

Con la idea de potenciar la celeridad y evitar dilaciones indebidas, este precepto reconoce a la parte favorecida por el documento la posibilidad de renunciar a él, enervando así la posible suspensión, o alzando la ya efectuada, derivada de la pendencia de causa criminal sobre la falsedad, pero retirando el documento de los autos pues, de otra manera, podría influir en la convicción judicial a la hora de resolver el proceso.

Supone la más evidente novedad de la nueva regulación dada a la falsedad documental en la LEC 2000, respecto de la LEC 1881. La renuncia al documento supone una especie de revocación del acto de aportación, pudiendo ser contemplada como una manifestación del principio de aportación de parte que rige en el proceso civil, siendo las razones que motiven la renuncia irrelevantes para la Ley.

Hecha la renuncia, el juez civil no podrá valorar el documento y deberá devolverlo a la parte que lo aportó, debiendo entender tal renuncia, como se ha dicho, como manifestación del principio de aportación de parte, lo que implica que el citado documento ya no podrá ser utilizado en el proceso, ni con la finalidad con la que había sido traído ni con cualquier otra que pueda suponer introducirlo indirectamente en el litigio.

Y es que, como el documento ha de ser esencial o decisivo para la resolución del proceso civil, resulta que si se renuncia a él hay un claro riesgo de que las normas sobre carga de la prueba perjudiquen al renunciante, pues supondría tanto como renunciar a la pretensión que se sustentaba en un hecho que sólo se podía acreditar a través de ese documento.

Si el documento pudiera favorecer a las dos partes en conflicto, se requerirá el consentimiento bilateral para desistir de su aportación y retirarlo de los autos. Con la renuncia, el documento deja de ser relevante para la decisión y, como consecuencia, también deja de ser relevante la calificación jurídico-penal de su falsedad pero, obviamente, la renuncia al documento sólo es eficaz en el proceso civil, evitando su suspensión o provocando el alzamiento de la anteriormente acordada, no pudiendo afectar en modo alguno al proceso penal, que, conforme al principio de oficialidad, habrá de seguir su curso mientras subsista la apariencia delictiva de los hechos investigados. Lo único que se consigue con la renuncia es privar al proceso penal de la influencia que ejercía sobre el proceso civil.

Dispone el art. 40.6 LEC: “Las suspensiones a que se refiere este artículo se alzarán cuando se

acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación”.

Con el fin de evitar la suspensión indefinida del proceso civil, establece este precepto que, terminado el penal por sentencia o auto de sobreseimiento, se habrá de levantar la suspensión de los autos civiles. Tampoco tendrá potencialidad suspensiva la cuestión prejudicial cuando la paralización penal se deba a causa que afecte a su continuidad, como podría ocurrir con la rebeldía del imputado, o por una enfermedad, física o mental, de improbable curación a medio plazo que impidiese la celebración del juicio.

Tanto la finalización como la paralización del proceso penal donde se examina a título principal la cuestión prejudicial son, pues, motivo para levantar la suspensión del proceso civil. Respecto del primer supuesto, las resoluciones penales con las que puede finalizar el procedimiento penal son dos: la sentencia que constituye el supuesto normal de terminación y el auto de sobreseimiento libre que procede cuando, después de la instrucción, el juez instructor considera que no concurren los elementos necesarios para proceder a la apertura del juicio oral.

El problema se plantea si el sobreseimiento es parcial, respecto de algunos de los imputados, continuándose el procedimiento frente a los restantes. En estos casos, cabría levantar la suspensión del proceso civil, siempre y cuando los sujetos favorecidos por el sobreseimiento coincidan con los litigantes en el proceso civil o cuando las actuaciones penales que resten en el procedimiento penal, una vez decretado el sobreseimiento, no presenten trascendencia alguna para la resolución del asunto civil.

En cuanto al segundo supuesto aquí regulado, junto con la finalización del proceso penal por sentencia o auto de sobreseimiento, también se puede ver afectado por una paralización, con la posibilidad de que tenga lugar una reapertura de la causa con posterioridad si tiene una duración cierta y determinada, situación que no justificará el levantamiento de la suspensión del proceso civil ocasionado por la pendencia del procedimiento penal. Por el contrario, si la paralización que sufre el procedimiento prejudicial penal tiene una duración indefinida o aleatoria, a pesar de la provisionalidad de la terminación de las actuaciones, sí sería factible el levantamiento de la suspensión en el proceso civil puesto que, de otra forma, se estaría vulnerando la garantía constitucional de un proceso sin dilaciones indebidas.

Por último, también supone una novedad la previsión recogida en el art. 40.7 LEC, que establece: “Si la causa penal sobre falsedad de un documento obediere a denuncia o querrela de una de las partes y finalizare por resolución en que se declare ser auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte a quien hubiere perjudicado la suspensión del procedimiento civil podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 712 y siguientes”.

Se pretende, con ello, corregir los posibles abusos a los que se presta la prejudicialidad penal por falsedad documental, por lo que además de las causas limitadas de suspensión referidas

anteriormente, el legislador realiza un aviso conminatorio consistente en la posibilidad de solicitar indemnización por la suspensión inmotivada.

Para poder solicitar la indemnización habrán de concurrir una serie de circunstancias: que la falsedad se haya denunciado o querellado por partes en el proceso civil, que el documento sea declarado auténtico o que no se haya probado su falsedad y que la suspensión haya provocado un perjuicio a la parte que reclama la indemnización.

Se puede apreciar, por tanto, que este precepto limita los supuestos indemnizatorios. Por tanto, cuando no exista denuncia o querrela y la incoación se deba a una acción del Ministerio Fiscal, en virtud del art. 40.1 LEC, no cabrá solicitar indemnización. Por otra parte, no es necesario que se declare la autenticidad del documento en cuestión, basta la mera duda sobre la misma para provocar la solicitud de indemnización.

Se podrá solicitar del tribunal civil que condene a la parte contraria a abonar esta indemnización una vez se haya producido la reanudación del proceso civil, después de la terminación del penal, aunque se tratará de una condena genérica, sin necesidad de probar en ese momento la efectiva concurrencia e importe de los daños ocasionados por la paralización de los autos. Será en el proceso de ejecución cuando la pretensión indemnizatoria se tramitará con arreglo al procedimiento de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 712 y ss., tras el dictado que resulte del procedimiento principal, de forma que será en el marco del incidente de la liquidación donde el beneficiario de la condena habrá de acreditar la realidad de los daños y su cuantía y, si no lo logra, se convertiría en una condena inejecutable.

## ***2. Artículo 41 LEC. Recursos contra la resolución sobre suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal***

*Art. 41. Recursos contra la resolución sobre suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal.*

- 1. Contra la resolución que deniegue la suspensión del asunto civil se podrá interponer recurso de reposición. La solicitud de suspensión podrá, no obstante, reproducirse durante la segunda instancia y, en su caso, durante la tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal o de casación.*
- 2. Contra el auto que acuerde la suspensión se dará recurso de apelación y contra los autos dictados en apelación acordando o confirmando la suspensión se dará, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal.”.*

Se establece en este precepto un régimen unitario de recursos frente a la resolución que acuerde o no la suspensión de las actuaciones por prejudicialidad penal, con lo que se evitan, en parte, los problemas que podían surgir al amparo de la legislación anterior, que no ofrecía un criterio unánime que permitiera identificar un sistema común de impugnación para todas las cuestiones prejudiciales.

Este artículo regula el régimen de recursos frente a las resoluciones que acuerden o denieguen la

suspensión del procedimiento civil por existir una cuestión prejudicial penal, partiendo de la conveniencia de que el procedimiento continúe cuando así lo haya acordado el órgano jurisdiccional *a quo*.

De esta forma, contra la resolución, un auto motivado, en que se deniegue la suspensión del asunto civil, únicamente cabrá interponer recurso de reposición, sin perjuicio de que la solicitud de suspensión pueda, en su momento, volver a plantearse nuevamente durante la segunda instancia y, en caso de haberlos, durante la tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal o de casación.

A la vista de los requisitos establecidos en el comentado art. 40 LEC y, siendo la existencia de causa criminal fácilmente constatable, se podría concluir que la controversia se centrará, en casi todos los casos, en la circunstancia de que la decisión del juez o tribunal penal sobre la cuestión prejudicial planteada pueda o no tener influencia en la decisión del proceso civil. La legitimación para formular el oportuno recurso contra la decisión del juez civil que acuerde o deniegue la suspensión del curso de los autos corresponderá a cualquiera de las partes en el proceso perjudicada por dicha resolución toda vez que, para que el recurso sea admisible, no basta con la condición de parte del recurrente sino que también se exige la concurrencia del requisito del gravamen.

Respecto de los recursos que cabe formular contra el auto que deniega la suspensión del procedimiento civil, la regulación que efectúa la LEC sobre este extremo está básicamente pensada para el caso de que la identificación de la cuestión prejudicial y la decisión sobre el régimen a través del cual resolverla se hayan producido durante la primera instancia del proceso civil.

Así, contra el auto denegando la suspensión es posible formular recurso de reposición, medio de impugnación no devolutivo, resuelto por el mismo órgano que dictó la resolución recurrida, continuando las actuaciones su curso procesal correspondiente. La resolución que resuelve el recurso de reposición puede revocar el auto recurrido y acordar la suspensión, o bien puede confirmarlo y acordar continuar, denegando la suspensión.

En cualquier caso, si la resolución del recurso de reposición confirma el auto impugnado y ratifica la no suspensión, ello no obsta a que la suspensión se pueda solicitar y, en su caso, obtener con posterioridad. Así, si en la primera instancia la resolución del recurso de reposición contra el auto que no ha acordado la suspensión la confirma, las actuaciones continuarán su curso, sin perjuicio de que, en la apelación que en su día se interponga contra la sentencia de instancia, sea posible volver a plantear la petición de suspensión.

Si la Audiencia Provincial considera pertinente la suspensión por prejudicialidad penal, ha de dictar un auto acordando la paralización del recurso de apelación, lo que significa una revocación de la sentencia apelada y, consiguientemente, una vez finalice el proceso penal y acuerde el levantamiento de la suspensión, habrá de dictar sentencia quedando vinculada por la resolución



que ha resuelto la cuestión prejudicial planteada.

Si la Audiencia Provincial, ante el replanteamiento de la cuestión prejudicial formulada en primera instancia y la subsiguiente petición de suspensión de los autos civiles, denegada en primera instancia, considera también no adecuada la suspensión por prejudicialidad, será en la sentencia que resuelva el recurso de apelación formulado y que ponga fin a la segunda instancia donde introducirá el pronunciamiento denegatorio de la paralización solicitada, resolviéndolo con el resto de las alegaciones planteadas.

Con posterioridad a la sentencia de segunda instancia denegatoria de la suspensión, dicha petición aún se podría volver a plantear en casación y, en su caso, en el recurso extraordinario por infracción procesal. Se permite al litigante, con ello, que trate de acreditar ante los órganos superiores que concurren los fundamentos y requisitos necesarios para acordar la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal, y llevarles al convencimiento de que deben evitar que se dicte una sentencia civil irrevocable que pudiera chocar con lo dispuesto en una penal. En definitiva, que se evite la formación de cosa juzgada sobre la sentencia civil que se dictó sin tener en cuenta la penal.

Podría suceder, también, que la cuestión prejudicial sea apreciada por primera vez durante la segunda instancia del proceso. En este supuesto, si la Audiencia rechaza la viabilidad de la suspensión del recurso de apelación, dicha resolución habrá de tener también la forma de auto, contra el cual, aplicando analógicamente el sistema de recursos previsto para el caso de que la denegación se produzca en primera instancia, sería posible interponer recurso de reposición y el auto que resuelva este recurso sería irrecurrible, dada la imposibilidad de interponer en este momento del proceso el recurso de apelación que la LEC contempla para recurrir los autos suspensivos. Sin embargo, si el auto dictado resolviendo el recurso de reposición planteado continúa denegando la paralización de los autos por prejudicialidad, sí sería factible volver a plantear la solicitud de suspensión en el recurso de casación que, llegado el caso, se interponga contra la sentencia de segunda instancia.

En cuanto a los recursos que cabe interponer contra el auto que acuerda la suspensión, establece el art. 41 LEC que será el de apelación y, contra los autos que resuelvan los mismos, acordando o confirmando la suspensión, procederá en su caso recurso extraordinario por infracción procesal.

Este precepto constituye una excepción a la norma general de la LEC, según la cual contra las resoluciones interlocutorias sólo procede formular reposición. El de apelación se caracteriza por ser un medio de impugnación devolutivo y, por consiguiente, resuelto por el órgano jerárquicamente superior al que dictó la resolución recurrida, no teniendo en este caso mucho sentido el plantearse el carácter suspensivo del referido recurso, toda vez que el curso de las actuaciones ya se encuentra paralizado. La resolución del recurso de apelación formulado se ha de realizar mediante auto, el cual puede confirmar el apelado y seguir acordando la suspensión de los autos civiles o, por el contrario, puede revocarlo y acordar denegar la misma. En el primer caso, el órgano jurisdiccional civil de instancia deberá continuar con la paralización del

procedimiento hasta que recaiga resolución en la causa penal en la que resuelva la cuestión prejudicial formulada y, en el segundo, deberá acordar el levantamiento de la suspensión inicialmente acordada, siguiendo los autos el trámite procesal correspondiente.

Si la cuestión prejudicial se localiza a lo largo de la tramitación del recurso de apelación y, por tanto, la suspensión se debe decidir o no en este momento, no cabría en este caso una aplicación analógica de los medios de impugnación previstos en el propio art. 41 LEC, es decir, formular el oportuno recurso de apelación, dado que el auto susceptible de impugnación no se ha dictado durante la primera instancia del proceso civil, con lo cual la única solución viable para la impugnación del auto acordando la suspensión, dictado en segunda instancia, sería el recurso de reposición, el cual, según establece el art. 451 LEC, es procedente contra todas las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier tribunal civil.

### **3. Artículo 42 LEC. Cuestiones prejudiciales no penales**

*Art. 42. Cuestiones prejudiciales no penales.*

*“1. A los solos efectos prejudiciales, los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo y social.*

*2. La decisión de los tribunales civiles sobre las cuestiones a que se refiere el apartado anterior no surtirá efecto fuera del proceso en que se produzca.*

*3. No obstante lo dispuesto en los apartados precedentes, cuando lo establezca la Ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, los tribunales civiles suspenderán el curso de las actuaciones, antes de dictar sentencia, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, por la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los tribunales del orden jurisdiccional que corresponda. En este caso, el tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial.”*

El presente precepto ha venido a establecer de forma innovadora una nueva regulación respecto de las denominadas cuestiones prejudiciales no penales, entendiéndose por éstas las que deberían ser resueltas por los órganos contencioso-administrativos o por los órganos sociales, toda vez que la prejudicialidad de naturaleza civil viene expresamente regulada en el art. 43 LEC.

El art. 10.1 LOPJ dispone que, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente, claro está, con la obvia excepción de aquéllos que tengan naturaleza penal. En consecuencia, y como norma general, los órganos jurisdiccionales civiles se podrán pronunciar, con carácter previo a la decisión propia de su jurisdicción, sobre aquellas materias prejudiciales de naturaleza administrativa o laboral, si bien dicho pronunciamiento respecto de estas materias no desplegará efecto alguno fuera del proceso en el que se produzca.

El presente precepto ha provocado un considerable cambio en la forma de enfocar las

prejudicialidades contencioso-administrativa y social, dado que hasta ese momento la jurisprudencia venía determinando que era necesario un pronunciamiento previo de las referidas jurisdicciones. Ahora, los tribunales civiles se habrán de pronunciar directamente sobre dichas cuestiones prejudiciales, si bien su decisión, como se ha comentado, no generará efecto de cosa juzgada ni surtirá consecuencia alguna fuera del proceso, ni siquiera entre las propias partes litigantes.

Lo realmente novedoso de la vigente regulación estriba en la posibilidad de que, cuando las partes estén interesadas en que la cuestión prejudicial sea resuelta por un órgano especializado y con efectos *erga omnes*, ambas de común acuerdo o una de ellas con consentimiento de la otra, podrán instar la paralización de los autos civiles, una vez alcanzado el momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, hasta que dicha cuestión prejudicial sea resuelta, pretensión a la que el juez civil habrá de acceder forzosamente; en estos casos, los autos civiles se reanudarán cuando haya recaído resolución por parte de la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por el tribunal laboral correspondiente, respecto de la cuestión prejudicial planteada, resolución que habrá de tener el carácter de firme, toda vez que el tribunal civil quedará plenamente vinculado por la misma.

Centrando el ámbito material al cual se refiere la prejudicialidad no penal, descartado todo aquello que tenga naturaleza penal y civil, que tiene su propia regulación, tendríamos, por un lado, el ámbito administrativo, que estaría integrado por las materias propias del derecho administrativo, tanto si su conocimiento corresponde a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la Administración Pública o al Tribunal de Cuentas y, por otro lado, el ámbito laboral o social, compuesto por las materias propias del derecho del trabajo.

Sin embargo, para que la cuestión prejudicial de carácter administrativo o laboral planteada en el proceso civil pueda ser considerada como tal, habrá de cumplir una serie de requisitos. Así, en primer lugar, la cuestión prejudicial suscitada no debe ser una de las peticiones que integran el objeto del proceso civil, no ha de formar parte por tanto de la cuestión principal del litigio y, además, el tema administrativo o laboral planteado ha de ser susceptible de decidirse en un proceso autónomo con efecto de cosa juzgada y eficacia *erga omnes*. Para la doctrina judicial, además, se considera como elemento definitorio de las cuestiones prejudiciales de carácter administrativo y laboral la influencia que éstas ejerzan en la decisión de la cuestión principal. Por tanto, si falta dicho nexo causal, no considerará las cuestiones de orden administrativo o laboral como prejudiciales (SAP Zaragoza 23.10.1995 [AC 1995/2001]).

Una vez identificada en el procedimiento la cuestión prejudicial administrativa o laboral, el órgano jurisdiccional civil habrá de comprobar si dicha cuestión suscitada ha sido ya resuelta ante el tribunal de su respectivo orden jurisdiccional mediante resolución firme, con lo cual el supuesto problema o cuestión prejudicial no sería tal. Pero si el tema prejudicial no ha sido objeto de enjuiciamiento previo, el juez o tribunal civil, dependiendo de la concurrencia o no de determinadas circunstancias, resolverá *incidenter tantum* sobre dicha cuestión en el propio proceso civil, o bien acordará la suspensión de las actuaciones para que la misma sea resuelta

ante el orden jurisdiccional correspondiente.

El art. 42 LEC establece una regla general que prevé la no suspensión del procedimiento, debiendo el juez resolver la cuestión prejudicial de carácter administrativo o laboral planteada dentro del propio proceso civil, y, como novedad, una excepción a dicha norma general que prevé la paralización del proceso civil, condicionada por la concurrencia de una serie de circunstancias.

### **3.1. Regla general. No devolutividad de la cuestión prejudicial**

El primer apartado del art. 42 LEC establece, con carácter general, que los órganos jurisdiccionales civiles a los cuales se plantee como prejudiciales asuntos propios del ámbito administrativo o laboral tendrán competencia para la resolución de los mismos. En consecuencia, el juez o tribunal civil, para resolver la causa principal, no tiene que suspender el proceso a la espera de que el órgano jurisdiccional correspondiente resuelva el asunto prejudicial planteado, sino que él mismo se ha de pronunciar sobre dicha cuestión prejudicial previamente a la resolución de la cuestión principal civil y, como se ha comentado, con efectos *incidenter tantum*. No cabría, igualmente, proceder a la suspensión del procedimiento civil cuando no exista procedimiento alguno de carácter administrativo o laboral pendiente, pese a que las partes hubiesen tenido la posibilidad de haberlo instado, ni cuando falte o resulte insuficiente la acreditación de la existencia de dicho procedimiento.

### **3.2. Excepción. Devolutividad de la cuestión prejudicial**

El apartado tercero del art. 42 LEC establece que: “No obstante lo dispuesto en los apartados precedentes, cuando lo establezca la Ley o lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra, los tribunales civiles suspenderán el curso de las actuaciones, antes de dictar sentencia, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta, en sus respectivos casos, por la Administración pública competente, por el Tribunal de Cuentas o por los tribunales del orden jurisdiccional que corresponda. En este caso el tribunal civil quedará vinculado a la decisión de los órganos indicados acerca de la cuestión prejudicial”.

Establece dicho precepto una serie de circunstancias o presupuestos que han de concurrir para que el tribunal civil, ante una cuestión prejudicial sin resolver, suspenda el curso de los autos hasta que el asunto prejudicial sea decidido a título principal en el procedimiento correspondiente y por el órgano jurisdiccional adecuado. Sin la concurrencia de estas circunstancias, el juez no podrá acordar la suspensión del proceso civil, aunque crea que lo más conveniente sea que la cuestión prejudicial sea resuelta por el órgano jurisdiccional propio de la materia de que se trate. Sin embargo, una vez apreciada la concurrencia de todas y cada una de dichas circunstancias, el juez obligatoriamente habrá de proceder a la paralización del proceso hasta que la cuestión prejudicial sea decidida en su propio orden jurisdiccional, quedando además vinculado por dicha decisión.

El primero de los presupuestos o la primera de las circunstancias a las que alude el art. 42 LEC es

que “lo establezca la ley”. Así, siempre que se constate la existencia de una disposición normativa con rango de ley que disponga que la cuestión prejudicial de orden administrativo o laboral, que surja en el curso de la tramitación de un proceso civil, ha de ser resuelta por el órgano jurisdiccional correspondiente a dichas materias, el juez civil obligatoriamente habrá de suspender el curso de los autos civiles hasta que recaiga resolución sobre dicha cuestión prejudicial, no pudiendo en ningún caso quedar a su arbitrio dicha decisión.

A continuación, se prevé también que el acuerdo de voluntades entre las partes en litigio sea el que determine la suspensión del proceso, acuerdo que se puede producir mediante solicitud de suspensión formulada por ambos litigantes, o bien ser solicitada por una de las partes con consentimiento de la otra, debiendo en cualquier caso constar expresamente y por escrito el consentimiento prestado para la solicitud de suspensión.

Es significativo el hecho de que, si la devolutividad de la cuestión prejudicial no está expresamente recogida en la Ley, son las partes litigantes las que tienen la facultad de concertarla, atribuyéndose un papel muy relevante a las mismas, lo cual ha sido criticado desde diversos sectores doctrinales: por un lado, porque el hecho de que, por la sola voluntad de las partes se atribuya a los tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, e incluso a la Administración, el conocimiento de cuestiones prejudiciales, supone una incongruencia con el criterio general tanto de la LEC como de la LOPJ, dado que, en principio, como norma general la Ley declara a estos órganos incompetentes para resolverlas; y, del otro, porque si se considera que las cuestiones que afectan a la competencia y a las atribuciones de cada orden jurisdiccional son de orden público, sería preferible que no quedasen sometidas a la voluntad de las partes.

Destaca, asimismo, la omisión del requisito de la trascendencia que el problema prejudicial pueda ejercer en la decisión de la cuestión principal civil, como presupuesto necesario para proceder a la suspensión del proceso, lo que podría llevar a que el órgano judicial civil, si no hay Ley que lo disponga, ni le es solicitado por las partes, tenga que conocer *incidenter tantum* de un asunto prejudicial administrativo o laboral que, por su especial naturaleza o singularidad e influencia en la decisión de la cuestión principal civil, hubiese sido deseable que se hubiese resuelto ante el órgano jurisdiccional y en el procedimiento correspondiente.

Podría suceder también, debido a la referida omisión, que las partes soliciten la suspensión del proceso civil por la aparición de una cuestión prejudicial de índole administrativo o laboral, cuya importancia o trascendencia para la resolución de la cuestión principal civil sea irrelevante, o bien existan otros elementos en el proceso civil que permitan continuar con el mismo sin necesidad de tener que resolver previamente la cuestión planteada. En este supuesto, y en virtud de lo dispuesto en el art. 42 LEC, el juez civil debería proceder a la suspensión, toda vez que así se lo han solicitado las partes, si bien la práctica jurisprudencial viene exigiendo dicha conexión o trascendencia de la cuestión prejudicial para la resolución de la cuestión principal civil a efectos de proceder a la paralización del proceso (SAP Madrid 18.10.2005 [JUR 2005/252046]).

Otro de los presupuestos que han de concurrir, evidentemente, para proceder a la suspensión de

los autos civiles, es la existencia de un procedimiento pendiente, donde se esté ventilando a título principal la cuestión prejudicial planteada y donde no haya recaído aún resolución sobre la misma, pendencia que justificaría la paralización del proceso civil. La resolución que resuelva definitivamente dicha cuestión prejudicial, dictada por los órganos jurisdiccionales administrativo o laboral, ha de ser firme, toda vez que, como se ha mencionado, vincula plenamente al tribunal civil.

El problema surge cuando se trata de resoluciones dictadas por la Administración que no surten efectos de cosa juzgada, por lo que no podrían conllevar la suspensión del proceso civil y el juez, por tanto, habría de resolver la cuestión prejudicial dentro del mismo procedimiento civil. Del propio tenor del art. 42 LEC, parece deducirse que cabe también la suspensión del proceso civil cuando la cuestión prejudicial suscitada en el mismo se está examinando ante la Administración, ya se trate de la tramitación de un acto administrativo ante la Administración competente, o cuando se refiera al agotamiento de la vía administrativa previa antes de incoar la vía jurisdiccional. Además, es indiferente el momento en que se haya iniciado el procedimiento y si lo ha hecho un litigante del proceso civil o un tercero, debiendo acreditarse la pendencia del procedimiento de carácter administrativo o laboral ante el órgano jurisdiccional civil a fin de que éste pueda proceder a la suspensión del curso del proceso civil.

#### **4. Artículo 43 LEC. Prejudicialidad civil**

*Art. 43. Prejudicialidad civil.*

*“Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.*

*Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación.”.*

De conformidad con el presente precepto, cabría entender como cuestiones prejudiciales civiles aquéllas cuya resolución sea necesaria con carácter previo para resolver sobre lo que sea objeto del litigio y que habrán de constituir, a su vez, el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto órgano jurisdiccional civil.

Resulta sumamente novedosa la regulación contenida en el art. 43 LEC de la propia prejudicialidad civil, toda vez que la anterior LEC 1881 no contenía norma alguna al respecto, por lo que hasta ahora estas cuestiones venían dando lugar, en ocasiones, a la apreciación de la excepción de litispendencia, figura procesal no muy ajustada a las características de la prejudicialidad, pues exige que los juicios afectados por la misma sean absolutamente idénticos, debiendo descartarse, en consecuencia, en aquellos supuestos donde los dos procesos pendientes

simplemente se encuentren en situación de prejudicialidad, donde concurren tanto elementos comunes como elementos dispares.

#### 4.1. Acumulación de autos

En primer lugar, nos dice el art. 43 LEC que, cuando surja una cuestión prejudicial civil lo primero que se habrá de apreciar es la posibilidad de proceder a la acumulación de autos y, sólo si esta acumulación no es posible, habrá que contemplar las otras dos soluciones que establece el citado precepto, cuales son la suspensión del proceso donde se plantea la cuestión prejudicial de orden civil hasta la resolución de la misma o la no suspensión, en cuyo caso el órgano judicial civil habrá de resolver la cuestión prejudicial en virtud del criterio no devolutivo.

Para que la acumulación de procesos pueda servir como sistema de resolución de la prejudicialidad civil será necesario que existan, al menos, dos procedimientos en tramitación: por un lado, uno en el que se esté debatiendo un determinado litigio y en el que se suscite la cuestión prejudicial y, del otro, otro donde el problema que plantea esta cuestión prejudicial se esté enjuiciando como principal. Además, los dos procesos han de tener objetos conexos, es decir se justificaría la acumulación de ambos procesos cuando, de tramitarse por separado, se pudiese dar lugar a sentencias con pronunciamientos contradictorios, incompatibles o excluyentes. Ahora bien, el que ambos procesos tengan objetos conexos no implica que la pretensión que se ejercita en los mismos sea idéntica, toda vez que la solución a la doble pendencia en este caso vendría dada, no por la acumulación, sino por la litispendencia.

Otros requisitos que habrían de concurrir para poder apreciar la acumulación de autos son la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se insta la acumulación. Así, el juez que conoce del procedimiento más antiguo ha de tener competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía para conocer igualmente del proceso que se pretende acumular, e igualmente el juez que conoce del proceso más moderno no ha de tener atribuida la competencia territorial por alguna norma de carácter inderogable.

Por otra parte los procesos que se pretenden acumular han de tener la misma tramitación o, al menos, se han de poder tramitar de forma que la unificación no implique pérdida de derechos procesales para las partes. Así, por ejemplo, un juicio verbal se podría acumular a un procedimiento ordinario, pero no a la inversa; y, por último, ambos procesos se habrán de encontrar en fase declarativa, por tanto, en primera instancia, y no habrá de haber recaído sentencia en ninguno de ellos. En definitiva, las razones que justificarían la acumulación a un procedimiento único de dos procesos conexos, con tramitaciones procedimentales separadas, serían básicamente, por un lado, la salvaguarda del principio de seguridad jurídica al evitarse el riesgo de obtenerse sentencias contradictorias si las pretensiones conexas se dilucidasen en procesos distintos y, por otra parte, el fomento del principio de economía procesal, al evitarse reiteraciones inútiles de actuaciones procesales.

#### 4.2. Presupuestos para acordar la suspensión

En caso de que no se pueda proceder a la acumulación de autos, prevé el art. 43 LEC que el proceso civil, donde se ha suscitado una cuestión prejudicial del mismo carácter, se pueda suspender hasta que finalice el proceso donde esta cuestión prejudicial se está enjuiciando con carácter principal.

Ahora bien, para que se proceda a decretar la suspensión habrán de concurrir una serie de requisitos y aún concurriendo, a diferencia de lo visto respecto de las cuestiones prejudiciales penales, administrativas, y laborales, el juez podrá o no acordar la paralización del procedimiento, dado que el precepto le reconoce la facultad de valorar la oportunidad de la suspensión, no quedando vinculado, en consecuencia, por la concurrencia de todos los presupuestos que dicho artículo establece.

El primero de los requisitos que ha de concurrir para que el juez pueda apreciar la oportunidad de proceder a la paralización del procedimiento es la relevancia que la cuestión prejudicial ha de ejercer en la resolución de la cuestión principal que se esté decidiendo en el mismo. Así, la resolución de la primera ha de ser necesaria para la decisión de la segunda y de ello ha de depender que el fallo pueda tener un contenido u otro distinto.

El segundo de los requisitos que ha de concurrir para la devolutividad de la cuestión prejudicial civil es la petición o la voluntad de las partes. Así, las partes han de solicitar del juez que esté conociendo del proceso en el cual se ha suscitado la cuestión prejudicial, que paralice el curso del mismo, razonando los motivos de la petición y justificando además la inviabilidad de la acumulación de autos, petición que puede hacerse conjuntamente por ambos litigantes o por uno de ellos, en cuyo caso habrá de darse traslado a la otra parte a fin de que la misma formule las alegaciones que tenga por convenientes acerca de la petición de suspensión formulada. A diferencia de lo dispuesto en el art. 42 LEC, no se requiere el consentimiento de la otra parte, sino que simplemente se le ha de dar audiencia, no quedando el juez vinculado en ningún caso ni por la petición conjunta ni por las posibles alegaciones que pueda formular la parte que haya de ser oída.

La posible suspensión y subsiguiente devolutividad de la cuestión prejudicial civil requerirá, en último término, de la existencia de otro proceso civil, en el cual se esté dilucidando, a título principal, dicha cuestión prejudicial, pues es precisamente la pendencia de este procedimiento la que justifica la paralización del proceso donde se ha planteado la cuestión prejudicial. Es indiferente que el procedimiento donde se está examinando la cuestión prejudicial haya sido instado por alguna de las partes del proceso donde ha surgido dicha cuestión o bien por un tercero e, igualmente, es irrelevante el momento temporal en el que se haya producido la incoación del procedimiento que tenga por objeto la cuestión prejudicial, pudiendo haber sido con posterioridad al inicio del proceso donde va a ser suscitada.

Lo que sí es realmente importante, a pesar de que el art. 43 LEC no lo recoge expresamente, es el



hecho de la acreditación ante el órgano jurisdiccional civil ante el que se suscita la cuestión prejudicial, de la pendencia del procedimiento civil en el que está examinando, a título principal, dicho asunto prejudicial, conocimiento que es indispensable para que el mismo pueda proceder a la suspensión de las actuaciones.

Respecto del último inciso del apartado 1º del art. 43 LEC, cuando se refiere a la finalización del proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial, habrá que entender por tal la conclusión del mismo por resolución firme, resolución que, además, vinculará al juzgador del proceso suspendido, toda vez que aunque tal vinculación no se refleje expresamente, a diferencia de lo visto en el art. 42 LEC, es evidente que la referida vinculación no sería sino consecuencia directa de los efectos positivos de la cosa juzgada.

#### 4.3. Supuestos en los que no cabe suspensión

Cuando el órgano judicial civil aprecie la no concurrencia de alguno o algunos de los presupuestos anteriormente referidos, que podrían dar lugar a la paralización del curso del procedimiento, por ejemplo, cuando la cuestión prejudicial planteada no guarde ningún tipo de conexión con la resolución del proceso principal o aún existiendo conexión existan en el procedimiento principal otros elementos que permitan decidir la cuestión principal sin tener en cuenta el asunto prejudicial suscitado, cuando no exista petición de suspensión por parte de los litigantes, o cuando no exista procedimiento pendiente en el que se esté examinando a título principal la cuestión prejudicial, el juez civil habrá de resolver la cuestión prejudicial *incidenter tantum* (SAP Valencia 10.4.2002 [JUR 2002/164927]).

Además, y como anteriormente se apuntó, aún concurriendo todos estos presupuestos, es posible que el juez, atendiendo a la conveniencia o no de la suspensión de las actuaciones y admitiendo que la paralización de las mismas comporta un riesgo para la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas, tiene la facultad discrecional de acordar o no la suspensión del procedimiento.

### 5. Tabla de sentencias

#### *Tribunal Constitucional*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC, 1ª, 26.02.1996	RTC 1996/30	Vicente Gimeno Sendra	Ernesto Terrón García c. Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la VIII Región
STC, 2ª, 25.10.1999	RTC 1999/190	Vicente Conde Martín de Hijas	Ángel c. Ministerio Fiscal y Abogado del Estado
STC, 2ª, 30.10.2000	RTC 2000/255	Rafael de Mendizábal Allende	Sunilda Antonia c. Ministerio Fiscal

STC,	2ª,	RTC 2000/278	Carles Viver Pi-Sunyer	Manuel, Adolfo y Leopoldo c. Ministerio Fiscal
------	-----	--------------	------------------------	--

### *Tribunal Supremo*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 15.12.1989	1ª, RJ 1989/8835	Ramón López Vilas	"Industrias Leblan, S.L. Mercantil" c. Juan y sus cuatro hijos
STS, 11.6.1992	1ª, RJ 1992/5124	Alfonso Villagomez Rodil	"Sociedad Agraria de Transformación Lavi", José y Juan c. "Bolaños, S.A." y José Luis
STS, 30.9.1996	1ª, RJ 1996/6824	Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa	"Sociedad de Cine Instructivo y Trueba, S.A. de Espectáculos" c. Juan Luis, María Luisa, María Begoña, Antonio, herederos y herencia yacente de Manuel Renedo Tamayo
STS, 23.1.2001	1ª, RJ 2001/98	Luis Martínez- Calcerrada y Gómez	"R.N.C." c. "Promociones Legio Galaicas, S.A."
STS, 25.3.2003	1ª, RJ 2003/2924	Luis Martínez- Calcerrada y Gómez	"Esports D'Aventura el Pirineu, S.A." c. Lina, Salvador, Teresa, Daniel, Carlos Daniel, Isidro y Adolfo

### *Audiencias Provinciales*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Zaragoza 23.10.1995	AC 1995/2001	Fernando Paricio Aznar	Comunidad de Propietarios c. María Eugenia
SAP Valencia 10.4.2002	JUR 2002/164927	José María Llanos Pitarch	Mª. Carmen c. José Luis
SAP Vizcaya 21.2.2003	AC 2003/912	Leonor Ángeles Cuenca García	Valentín y Laura c. "Mapfre Vida, S.A.", "Seguros Lagún Aro Vida, S.A." y "The Hartford, S.A."
SAP Pontevedra 27.6.2003	AC 2003/1791	Ángel Luis Sobrino Blanco	Lucio, Braulio y "Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A." c. Catalina y "Multinacional Aseguradora S.A. de Seguros y Reaseguros"
SAP Castellón 3.9.2004	JUR 2004/315265	José Francisco Morales de Biedma	Jon c. Pedro Miguel
SAP Palmas 30.3.2005	JUR 2005/130697	Víctor Manuel Martín Calvo	Lázaro c. Gonzalo
SAP Cuenca 25.4.2005	JUR 2005/105820	Ernesto Casado Delgado	Luis María, Juana, Rosa y Roberto c. "Villa Paz Cuenca, S.L."
SAP Madrid 18.10.2005	JUR 2005/252046	José Vicente Zapater Ferrer	Iñigo y Lourdes c. Dirección 000

## 6. Bibliografía

Francisco Javier ARROYO FIESTAS (2003), "La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia. Presupuestos procesales: jurisdicción y competencia", *Estudios de Derecho Judicial*/44/2003, pp. 61-127.

Manuel CACHÓN CADENAS (1999), "Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", *Estudios de Derecho Judicial*/17/99, pp. 337-392.

Eduardo CALVO ROJAS (2000), "Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social", *Manuales de Formación Continuada*/7/2000, pp. 45-56.

José Francisco CERES MONTES (2003), "Las cuestiones prejudiciales en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 572.

Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Víctor MORENO CATENA (2005), *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Tirant lo Blanch. Valencia.

José Luis GONZÁLEZ SÁNCHEZ (2002), *Las cuestiones prejudiciales penales en el proceso civil*, La Ley, Madrid.

Vicente MAGRO SERVET (coordinador), (2002), *Guía Práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero*, La Ley, Madrid.

José María PAZ RUBIO, Francisco Javier ACHAERANDIO GUIJARRO, Asunción DE ANDRÉS HERRERO, Ángel Vicente ILLESCAS RUS, Leopoldo PUENTE SEGURA, Celestino SALGADO CARRERO (2000), *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid.

José Luis REQUERO IBÁÑEZ (2000), "Puntos críticos en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 como supletoria de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: principales cuestiones que suscita", *Cuadernos de Derecho Judicial*/2/2000, pp. 123-181.

Nuria REYNAL QUEROL (2006), *La prejudicialidad en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona.

Antonio SALAS CARCELLER (2000), "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Manuales de Formación Continuada*/6/2000, pp. 19-95.

Carmen SENÉS MOTILLA (1996), *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid.

# Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil

Arts. 45 a 49: De la competencia objetiva

**Agustín Alejandro Santos Requena**

Doctor en Derecho  
Juez sustituto  
Profesor Asociado de Derecho Procesal  
Universidad Carlos III de Madrid

### *Abstract*

*En el presente trabajo se analizan los artículos 45 a 49 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, 8.1.2000), relativos a la competencia objetiva de los Tribunales españoles y diferentes aspectos relacionados con ésta.*

*This paper analyzes the sections 45 to 49 of the Spanish Civil Procedure Law (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; BOE núm. 7, 8.1.2007), related to the objective competence of Spanish Courts and different issues related to it.*

### *Sumario*

1. **Artículo 45 LEC**
  - 1.1. **Concepto de competencia objetiva. Carácter de las normas que la regulan**
  - 1.2. **Criterios de atribución de competencia objetiva**
    - a) **Por razón de la persona**
    - b) **Por razón de la materia**
    - c) **Por razón de la cuantía**
  - 1.3. **Deslinde de otros supuestos similares**
    - a) **La competencia funcional**
    - b) **Normas de reparto de asuntos**
    - c) **Especialización de órganos jurisdiccionales**
  - 1.4. **Cuestiones reguladas conjuntamente con la competencia objetiva**
    - a) **Procedimiento adecuado y procesos especiales**
    - b) **Acumulación de acciones y procesos**
    - c) **La cuantía y el derecho al recurso**
  - 1.5. **Otros órganos judiciales del orden civil a los que se atribuye competencia objetiva por razón de la materia**
    - a) **Juzgados de lo Mercantil**
    - b) **Juzgados y Sección de Marca Comunitaria**
    - c) **Juzgados de Violencia sobre la Mujer**
  - 1.6. **Materias que determinan la atribución de competencia objetiva y han suscitado controversia al respecto**
    - a) **Actos de conciliación**
    - b) **Diligencias preliminares y anticipación de la prueba a la presentación de la demanda**
    - c) **Juicio monitorio**
    - d) **Arbitraje**
    - e) **Jurisdicción voluntaria**
    - f) **Medidas cautelares**
    - g) **Ejecución de título extrajudicial (o juicio ejecutivo) y laudos arbitrales**

- h) Exequátur
- i) Declaración de ilegalidad de un partido político y su disolución
- 2. Artículo 46 LEC
  - 2.1. Las previsiones del artículo 98 LOPJ. Supuestos de especialización
  - 2.2. Tratamiento procesal de las cuestiones entre órganos civiles especializados
- 3. Artículo 47 LEC
- 4. Artículo 48 LEC
  - 4.1. Tratamiento procesal de la falta de competencia objetiva
  - 4.2. Procedimiento para la apreciación de oficio
- 5. Artículo 49 LEC
  - 5.1. Posibilidades procesales de denuncia por las partes
    - a) Instrumento general: declinatoria
    - b) Alegación por vía de recurso
    - c) Puesta de manifiesto ante el tribunal, para que éste inicie el incidente de apreciación de oficio
- 6. Artículo 49 bis LEC
- 7. Tabla de sentencias
- 8. Bibliografía

## 1. Artículo 45 LEC

### **Artículo 45. Competencia de los Juzgados de Primera Instancia.**

*Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

#### **1.1. Concepto de competencia objetiva. Carácter de las normas que la regulan**

Es común definir la competencia objetiva como el criterio de atribución del conocimiento de asuntos a la clase de órganos que debe conocer de los mismos en primera o única instancia. O, desde otro punto de vista, son normas de competencia objetiva aquéllas que determinan la clase de órgano jurisdiccional, dentro de cada orden o rama de la jurisdicción, que debe conocer de un asunto determinado en primera o única instancia.

Tradicionalmente, las normas de competencia, y las de competencia objetiva en particular, se conceptuaban como criterios de distribución del conocimiento de los asuntos entre los distintos órganos del orden jurisdiccional de que se tratase. En cierto modo, era la clase de normas que determinaban la medida concreta en que la Ley atribuía la potestad jurisdiccional a cada clase de órganos jurisdiccionales y, dentro de estas clases, a cada órgano determinado, de tal manera que todo órgano jurisdiccional detentase la jurisdicción como órgano integrante del Poder Judicial que es, pero sólo tuviese competencia para el conocimiento de los asuntos que expresamente le estuviesen atribuidos por la Ley. La competencia objetiva, pues, debe regirse por normas de carácter necesario y debe ser improrrogable por las partes en el proceso, ya que afecta directamente a la organización de cada orden jurisdiccional, posibilitando bien el sistema de revisión de las decisiones de los órganos de primera instancia, o doble grado de jurisdicción, bien la especialización de órganos judiciales en materias que así lo exijan o se considere por el legislador que deben ser conocidas y resueltas por esta clase de órganos. Desde las primeras leyes procesales de nuestra codificación se ha considerado, en consecuencia, que la competencia objetiva es un presupuesto procesal relativo al órgano jurisdiccional, cuya ausencia determina la nulidad radical de todo lo actuado, y para cuyo examen se establece un específico tratamiento procesal. Una vez determinada la competencia objetiva, las normas de competencia territorial (generalmente, aunque cada vez menos, de carácter disponible para las partes) se aplican como simples criterios de reparto de trabajo entre órganos judiciales igualmente competentes, a la vez que las normas de competencia funcional permiten la determinación, de manera automática, de los órganos a los que corresponde la revisión de la actividad jurisdiccional por vía de recurso, o la resolución de las cuestiones incidentales, o llevar a efecto lo resuelto en cada proceso<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ (1995, pp. 383-391) y DE LA OLIVA (2000, pp. 284-285).

No obstante, en el presente puede defenderse que tal punto de vista resulta un tanto limitado, pues no cabe ignorar la trascendencia que, para la materia que nos ocupa, tiene la proclamación constitucional del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley o derecho al juez legal<sup>2</sup>. En efecto, al recoger este derecho el art. 24 de la Constitución Española (en adelante, CE), en el mismo inicio de su párrafo segundo, las normas de competencia no pueden considerarse ya como un mero presupuesto procesal o mecanismo de distribución de asuntos entre los órganos que integran cada orden o rama de la jurisdicción, sino que se hace obligado señalar en qué medida las normas de competencia suponen una concreción progresiva en la predeterminación legal del órgano que haya de conocer de las pretensiones deducidas por las partes. Así, la predeterminación legal de la clase de órgano que haya de conocer de cada clase de asuntos debe realizarse por normas que reúnan las condiciones exigidas por el contenido del expresado derecho fundamental. Tales exigencias no sólo deben ser cumplidas por las normas de competencia objetiva para merecer la consideración de tales y resultar conformes con el mandato constitucional sino que, además, servirán de criterio para diferenciarlas de otras normas de similar función, pero que no cabe incluir dentro de la misma categoría jurídica, ni deben disfrutar del mismo rango en la jerarquía normativa, según examinaremos más adelante.

Desde las SSTC 31.5.1983 y 8.11.1984, ha de entenderse fijado el contenido del derecho fundamental a que nos referimos, que exige, en todo caso, que el órgano judicial haya sido creado por una ley en sentido estricto, con carácter general y con anterioridad al caso, y que dicha ley contenga los criterios de determinación que, al aplicarse a cada litigio, permitan determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. Ello implica que el órgano jurisdiccional debe haber sido creado e investido de jurisdicción y competencia con anterioridad, y que su régimen procesal no permita considerarlo un órgano de excepción (es decir, que no pueda considerarse que ha sido creado *ad hoc*, para el conocimiento y resolución del litigio que se le somete). Igualmente, en cuanto aquí interesa, una indeterminación de la norma de competencia la vacía de contenido en cuanto tal, y deriva en la posibilidad de que, por mecanismos gubernativos o de otra clase, sirva de cobertura para la designación de órganos *ad hoc*, o para excluir del conocimiento del litigio al órgano que debería conocer del mismo. Estas cuestiones son de especial trascendencia en los supuestos de especialización de determinados juzgados en materias concretas en virtud de normas de competencia objetiva, lo cual es admitido por la Constitución y presenta varios ejemplos en nuestra organización judicial, ya que se diferencia claramente de la creación de tribunales especiales. También debe deducirse de lo anterior que, cuando la competencia objetiva no viene atribuida de forma expresa y clara a un determinado órgano jurisdiccional, debe aplicarse la atribución general, sin posibilidad de analogía o interpretación extensiva de normas especiales (así lo declaró la STS, 1<sup>a</sup>, 31.10.2003).

En consecuencia, las normas de competencia objetiva son de rango estrictamente legal y de carácter necesario o imperativo y, al predeterminar el juez ordinario que ha de conocer del litigio, la infracción de las mismas se sanciona con nulidad radical e insubsanable de todo lo actuado desde la misma infracción. De ello deriva tanto el tratamiento procesal de la falta de competencia como la totalidad de las consecuencias, directas e indirectas, que legalmente conlleva toda

---

<sup>2</sup> Véase MORENO CATENA (2004, pp. 47-54).



declaración de incompetencia. Además, la efectiva vulneración de las normas de competencia objetiva es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en cuanto vulneración del derecho fundamental reconocido por el art. 24.2 CE<sup>3</sup>.

## 1.2. Criterios de atribución de la competencia objetiva

La competencia objetiva se atribuye en función de tres grandes criterios, que deben encontrarse definidos por la ley con la suficiente precisión; los dos primeros se aplican con carácter exclusivo y por el orden en que serán expuestos seguidamente mientras que, el último (de la cuantía), se establece como criterio de aplicación general, en defecto de norma que determine la competencia por algún otro. Así, se dice que la competencia objetiva se atribuye a determinada clase de órganos por razón de la persona, por razón de la materia o por razón de la cuantía.

### *a) Por razón de la persona*

En ciertos supuestos la ley determina la competencia para conocer de determinada clase de asuntos en función de la condición o cargo público que desempeñe alguna de las partes, generalmente el demandado, atribuyendo el conocimiento del litigio a un Tribunal, órgano de rango superior al Juzgado de Primera Instancia. Es cierto que este criterio suele combinarse con el de la materia (evitando que todos los litigios en los que pueda ser parte cierto sujeto se atribuyan a un solo órgano jurisdiccional, lo que devendría en una especie de fuero personal o estamentario contrario a los principios de igualdad ante la ley sentados por la Revolución Francesa y que, gradual y parcialmente, han sido recibidos en nuestro ordenamiento jurídico) y, por eso, muchos autores lo estudian conjuntamente con aquél. Pero también es innegable que, cuando este criterio concurre, se aplica con preferencia absoluta, y lo hace precisamente en atención a la condición del sujeto, por lo que estimamos justificado su examen independiente.

A la norma de competencia objetiva por razón de la persona tradicionalmente se la denomina *aforamiento* y suele llevar aparejadas otras especialidades o privilegios procesales atinentes a otros aspectos del proceso (así, la instancia única, la exigencia de antejuicio o de suplicatorio, o un proceso especial). La persona cuya condición determina la atribución de competencia se denomina *aforado*. El aforamiento no se establece ni se justifica en interés de la persona aforada, sino en atención a la función pública que el ejercicio del cargo supone y la trascendencia que el litigio puede tener para el normal y ejemplar funcionamiento de las más altas instituciones del Estado, y subsiste y determina la competencia sólo en la medida en que se ejerciten acciones relativas a actos realizados en dicho ejercicio<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Una clara síntesis de la cuestión se encuentra, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) nº 35/2000, de 14 de febrero, ponente Mendizábal y Allende. Si bien es cierto que los recursos de amparo con fundamento en infracción de normas de competencia objetiva se refieren principalmente al orden jurisdiccional penal. Con más extensión, véase GABALDÓN LÓPEZ (1996, pp. 13-48).

<sup>4</sup> Aun cuando el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la constitucionalidad del aforamiento respecto del orden penal, es aplicable a toda clase de órdenes jurisdiccionales la justificación y conformidad con la Constitución que a propósito del mismo señala, por ejemplo, en la STC 55/1990, de 28 de marzo. La STS, 1ª, 10.5.1993 fundamenta el aforamiento en la calidad profesional de las personas demandadas (Fiscal Jefe de un

Los aforamientos previstos en el orden civil se contienen en los arts. 56.2º y 3º, 61.1 y 73.2 a) y b) LOPJ, que atribuyen la competencia objetiva a los siguientes órganos en función de los siguientes cargos:

- a. A la Sala Primera del Tribunal Supremo, la competencia para conocer de las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, así como Magistrados de estos Tribunales, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma, cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía.
- b. A una Sala especial del Tribunal Supremo (denominada usualmente Sala del art. 61), la competencia para conocer de las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente o todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala del Tribunal Supremo.
- c. A la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la competencia para conocer de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y miembros de su Asamblea Legislativa, cuando el Estatuto de Autonomía no prevea aforamiento ante el tribunal Supremo, y las demandas dirigidas por hechos de igual clase contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial o cualquiera de sus Secciones.

*b) Por razón de la materia*

La competencia objetiva por razón de la materia corresponde, con carácter general, al Juzgado de Primera Instancia (no carece de sentido, por tanto, la propia denominación de éste), configurándose los supuestos que la Ley expresamente prevé en otro sentido como excepciones a este criterio que, históricamente, tuvo mayor importancia, al existir hasta la LOPJ de 1985 la denominada Justicia de Distrito, que asumía el conocimiento de cierta clase de asuntos presumiblemente sencillos y a través de procedimientos establecidos específicamente para

---

Tribunal Superior de Justicia y Fiscal del Tribunal Supremo) y afirma su competencia por la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo del primero de ellos, declarando la nulidad de todo lo actuado ante el Juzgado de Primera Instancia. No se aprecia por el Tribunal Supremo, en cambio, que exista aforamiento respecto de los jueces de primera instancia, cuando se dirige contra ellos demanda de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo (STS, 1ª, 31.10.2003).

facilitar su conocimiento (así, los juicios de desahucio por falta de pago o los verbales y de cognición de la LEC 1881), descargando de asuntos a los Juzgados de Primera Instancia. No obstante, las últimas reformas legislativas con incidencia en el proceso civil y organización jurisdiccional han producido, precisamente, un aumento de Juzgados especializados y de normas de atribución de competencia por razón de la materia, por lo que los diferentes supuestos se exponen en un apartado separado de este mismo trabajo. Igualmente merece una consideración separada la posibilidad de especialización de Juzgados según lo dispuesto por el art. 98 LOPJ.

*c) Por razón de la cuantía*

Este es el criterio general y residual que contempla nuestro derecho procesal para la determinación de la competencia objetiva, y resulta de una gran sencillez. Las previsiones de los arts. 45 y 47 LEC concretan lo establecido en los arts. 85 y 100 LOPJ, dado que ésta es la norma que, por especial reserva constitucional, define la organización jurisdiccional en sus aspectos esenciales<sup>5</sup>. Por otra parte, la cifra de la cuantía que el texto legal fijaba en pesetas fue determinada por el [RD 1417/2001, de 17 de diciembre, por el que se procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (BOE nº 3120, 27.12.2001), Anexo II, en 90 €. Así pues, en el caso de no existir atribución de la competencia objetiva por alguno de los criterios que hemos expuesto, ésta corresponderá a los Juzgados de Paz si la cuantía del litigio no supera los 90 € y, a los Juzgados de Primera Instancia, en los supuestos en que la cuantía sea superior, así como en los casos de cuantía no superior a 90 € que deban tramitarse en la localidad cabeza de partido judicial en la que, por no existir Juzgado de Paz, el de Primera Instancia asume necesariamente las competencias de aquél.

El concepto de cuantía, de relevancia para la determinación de la competencia objetiva, pero también para otras cuestiones tradicionalmente relacionadas con ésta (como son el procedimiento adecuado, o la exigencia de representación por procurador y asistencia de Abogado, o la *summa gravaminis* en los recursos extraordinarios), es el que la propia LEC define en su art. 251 (por lo que ha de fijarse y justificarse según las numerosas reglas que el precepto contiene, aun cuando ello pugne, en ocasiones, con otros criterios verdaderamente economicistas y más realistas para la determinación del *interés económico de la demanda*). A los efectos que ahora interesan, debe determinarse en la demanda en cuanto acto (escrito) inicial del proceso. Dicha determinación no sólo es una de las cargas del demandante, sino que es una decisión a través de la cual puede tratar de determinar en función de sus intereses la competencia objetiva (rara vez) o las demás cuestiones ligadas a la cuantía (más frecuentemente).

---

<sup>5</sup> Es discutible la corrección de la última frase del texto legal, por cuanto resultaría cuando menos superflua, al atribuir vigencia a las competencias que la LOPJ atribuye a los Juzgados de Primera Instancia, cuando por imperativo de los arts. 24.2 y 122 CE ninguna duda puede caber de que las atribuciones de competencia que contiene la LOPJ tienen vigor por sí mismas, por más que la LEC sea una norma posterior. Más abajo tratamos acerca de la confusión a que puede inducir la, en nuestra opinión innecesaria mención, a otras *cuestiones y recursos*.

### 1.3. Deslinde de otros supuestos similares

#### a) *La competencia funcional*

El propio precepto que comentamos se refiere, sin hacer distinción, a supuestos que, en rigor, exceden del concepto de competencia objetiva, poniendo de manifiesto que no siempre es sencillo ni pacífico diferenciar las normas de esta clase de aquéllas que regulan la competencia funcional. Sin profundizar en ésta última, sí ha de señalarse que se trata igualmente de un criterio de predeterminación legal del juez de características y tratamiento procesal muy similares (aunque no del todo idénticos) a los de las normas que nos ocupan y que, frecuentemente, coinciden con éstas en la regulación de supuestos de cierta complejidad o polémica doctrinal (así, en las previsiones del art. 98 LOPJ). De hecho, tanto en las leyes de enjuiciamiento como en la jurisprudencia anteriores al año 2000 no existía una distinción doctrinal clara entre ambas clases de normas lo que, por lo demás, tampoco suponía grandes problemas en la práctica. En rigor, la determinación de la competencia objetiva es siempre presupuesto para la determinación de la competencia funcional, por lo que ésta presupone la preexistencia de un proceso iniciado ante determinado órgano jurisdiccional. En consecuencia, consideraremos que se trata de normas de competencia objetiva cuando determinan el órgano de la jurisdicción del Estado que debe conocer por primera vez de una pretensión y, de normas de competencia funcional, cuando determinen el conocimiento de los asuntos en función de la previa existencia de un proceso ante dicha jurisdicción. El propio Tribunal Supremo revela las vacilaciones que pueden producirse al determinar si la competencia de un Juzgado de Familia para la liquidación de una sociedad de gananciales (según la LEC 1881) derivada de un proceso de divorcio en el que dictó sentencia, se regula por normas de competencia objetiva o funcional, según se trate de un proceso autónomo o de un incidente en ejecución (STS, 1ª, 8.7.1999).

Dado que, con carácter general, se considera que la competencia funcional determina el órgano competente para el conocimiento y resolución de las cuestiones incidentales y de competencia, la ejecución de las resoluciones judiciales y los recursos, la aparente prolijidad del art. 45 LEC resultaba innecesaria, y sólo parece tener el efecto de enturbiar sistemáticamente el ámbito de los conceptos que nos ocupan pues, si bien la mención a los *asuntos* y *actos* denota plenamente materia regulada por la competencia objetiva, la inclusión en la misma enumeración de *cuestiones* y, sobre todo, *recursos* no deja de resultar intrigante.

Así, no es de extrañar que algunos autores consideren que atañe a la competencia objetiva la determinación del órgano competente para la impugnación del laudo arbitral, mientras que otros lo consideren cuestión de competencia funcional (la cuestión no es tan inocua, ya que el tratamiento procesal de la admisión y control de la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de los recursos devolutivos no es el mismo que el previsto respecto de la discusión de la eventual falta de competencia objetiva).

*b) Normas de reparto de asuntos*

El reparto de los asuntos que ingresan en una demarcación entre órganos de igual clase (o sea, igualmente competentes) se realiza conforme a las denominadas normas de reparto, que se definen a partir de la regulación contenida en los arts. 167 y 170 LOPJ, de las que nos interesa únicamente resaltar que se aprueban por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia a propuesta de la Junta de Jueces de cada orden jurisdiccional (lo que supone su carácter gubernativo e “interno”, según expresa el apartado segundo del art. 167 LOPJ) y a las mismas se exige predeterminación y una cierta (aunque indeterminada) publicidad (art. 159.2 LOPJ, lo que revela que sus implicaciones son de mayor alcance que una mera distribución del trabajo administrada por el Juez Decano y el Secretario del decanato, y su proximidad a las normas de competencia). La propia LEC regula, en sus arts. 68 a 70, la obligatoriedad de estas normas de reparto, estableciendo mecanismos para controlar su correcta aplicación, subrayando que no cabrá declinatoria contra las decisiones de reparto que se consideren erróneas, pero posibilitando (otra vez de forma análoga a las normas de competencia) que, en algún caso, se declare la nulidad de lo actuado en virtud de un reparto incorrecto y que perjudique a alguna de las partes.

El Tribunal Supremo ha determinado al respecto que las normas de reparto carecen de relevancia desde el punto de vista de la competencia objetiva y que no son susceptibles de causar indefensión a las partes, considerando irrelevante la atribución por normas de reparto a un juzgado de primera instancia distinto del de familia de un proceso de reconocimiento de filiación extramatrimonial (STS, 1ª, 29.7.1997).

Resulta claro así cómo la correcta formulación y aplicación de las normas de reparto, no sólo afecta a la predeterminación del juez legal sino que, en los supuestos en que se establecen criterios inadecuados, el reparto deriva en una suerte de atribución exclusiva y excluyente del conocimiento de los asuntos, análoga o paralela a las normas de competencia, erigiéndose en una especie de normas de competencia objetiva entre los juzgados de cada demarcación, a modo de antesala de la especialización. Esto se pone de manifiesto, especialmente, en las exenciones de reparto, que según el art. 167.1 LOPJ pueden ser aprobadas temporalmente por la Sala de Gobierno con ocasión de circunstancias excepcionales. Recientemente (y puede pensarse que con vocación de perpetuarse) se ha producido una exención de asuntos generalizada por vía de norma de reparto, con la finalidad de descargar de cierto número o clase de asuntos a los Juzgados de primera instancia e instrucción a los que se ha encomendado el conocimiento de las materias competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer.

En estos casos se está produciendo la paradoja de que, mientras una norma de rango legal (e incluso la propia Ley Orgánica), atribuye competencias civiles y penales a estos juzgados, mediante las normas de reparto cada partido judicial está excluyendo a los mismos del conocimiento de asuntos que forman parte de las competencias civiles atribuidas por las mismas leyes, de forma que un juzgado de primera instancia e instrucción especializado en violencia sobre la mujer deja de conocer, por ejemplo, de la jurisdicción voluntaria, juicios verbales u ordinarios sobre ciertas materias, o ciertos juicios de faltas en función del tipo penal. Aun cuando las exenciones de reparto no son en sí mismas un instrumento que desvirtúe las normas de

competencia objetiva, cuando mantienen su vigencia en el tiempo, excluyendo del conocimiento de cierta clase de asuntos a ciertos juzgados (atribuyéndoselo a otros y haciendo, por tanto, una distinción que la ley no prevé), podrían vulnerar la reserva de ley impuesta por imperativo constitucional.

*c) Especialización de órganos jurisdiccionales*

Aun cuando por normas legales de competencia objetiva pueden crearse órganos jurisdiccionales especializados en cierta clase de materias, a los cuales se reserva su enjuiciamiento y fallo, la LOPJ prevé, en su art. 98, un mecanismo de especialización que viene a suponer un grado más en lo señalado respecto de las normas de reparto, haciendo aún más difícil diferenciar cuándo nos encontramos ante una norma de carácter gubernativo o meramente organizativo o de reparto de trabajo, y cuándo ante una verdadera norma de competencia objetiva por razón de la materia que no reviste rango legal.

En cuanto a la regulación de las normas de reparto y su aplicación, y la especialización de órganos jurisdiccionales, las previsiones reglamentarias se encuentran en el [Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales](#) (BOE nº 231, 27.9.2005).

#### **1.4. Cuestiones reguladas conjuntamente con la competencia objetiva**

Merece la pena señalar cómo, siguiendo la tradición de nuestro derecho procesal, la LEC 2000 establece una estrecha relación entre la regulación y tratamiento de la competencia objetiva y otras cuestiones cuyo régimen se regula en función de aquélla o resulta directamente afectado por ella. No debe confundirse el tratamiento de estas materias con el propio de la competencia objetiva, pero tampoco puede perderse de vista que, en más de una ocasión, el debate o discrepancia en torno a la competencia oculta el verdadero interés de las partes o la preocupación última de los tribunales.

*a) Procedimiento adecuado y procesos especiales*

La determinación de la competencia objetiva de determinados órganos (especialmente, desde su creación) históricamente implicaba que fuera ejercitada a través de determinado procedimiento. Así ocurrió, antes del año 2000, con los Juzgados de Distrito (para los que se reguló el denominado *juicio de cognición* mediante el [Decreto de 21 de noviembre de 1952 por el que se desarrolla la Base X de la Ley de 19 de julio 1944, sobre normas procesales aplicables en la Justicia Municipal](#)) y, en sentido inverso, todos los procesos especiales que diversas leyes iban creando para el enjuiciamiento de ciertas materias llevaban aparejada la competencia del Juzgado de Primera Instancia. La relación entre procedimiento adecuado y competencia objetiva subsiste en la actualidad, pues el juzgado de paz sólo conoce de asuntos litigiosos a través del juicio verbal.

*b) Acumulación de acciones y procesos*

Más evidente es la relación que la propia LEC expresa al exigir, como requisito ineludible para la acumulación de objetos procesales, que todos ellos se encuentren dentro de la competencia objetiva del órgano ante el que se pretenden acumular.

En el caso de la acumulación de acciones, el art. 73.1 LEC exige que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o de la cuantía para conocer de todas las acciones acumuladas. El Tribunal Supremo ha declarado que la acumulación indebida no obstante no conlleva la desestimación de la demanda, sino la resolución de la pretensión correctamente ejercitada (STS, 1ª, 16.5.2002).

Correlativamente, los arts. 406 y 438 LEC exigen, para la admisión de la reconvencción, que el Juzgado que conoce del proceso en que se pretende reconvenir posea competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía para la acción que se pretende sustanciar por vía de reconvencción, nuevamente implicando la cuestión del procedimiento adecuado, y con significativas precisiones en el caso del juicio verbal.

En el caso de la acumulación de procesos, el art. 77.2 LEC establece la imposibilidad de acumulación de procesos si el tribunal que conoce del proceso más antiguo (al que ha de acumularse el posterior) carece de competencia objetiva o cuando la competencia territorial viene fijada por normas de carácter inderogable para las partes.

En definitiva, la propia LEC expresa, nuevamente, el carácter de derecho necesario de las normas de competencia objetiva, al impedir que, por cualquier clase de acumulación o conexidad, pueda alterarse aquélla. Únicamente se excluyen de esta regla general los supuestos en los que ciertos órganos judiciales poseen competencias con *vis attractiva*, en los que sí cabe hablar de una alteración de la competencia o, mejor, de una competencia objetiva determinada de forma excepcional. Sirve de ejemplo para este fenómeno la competencia del Juzgado de lo Mercantil en los supuestos concursales.

*c) La cuantía y el derecho al recurso*

Dado que la cuantía es el criterio legal para determinar, no sólo la competencia objetiva, sino también el tipo de proceso ordinario e, incluso, el derecho al recurso (o *summa gravaminis*) en los recursos extraordinarios, ha de hacerse mención a que la impugnación de su determinación es regulada con especial cuidado por la LEC, de modo que incluso se permite su control de oficio por el Tribunal (art. 254), si bien se contempla la cuestión desde el punto de vista del procedimiento adecuado, y no puede entenderse limitada la facultad del Juzgado de Primera Instancia para considerarse no competente por razón de la cuantía si aprecia que el asunto, contra lo indicado por el demandante, es competencia del Juzgado de Paz, ya que se incurrirá en falta de competencia determinante de nulidad<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> De modo análogo a lo ya examinado a propósito de la STC 14.2.2000, ya examinada más arriba.

### 1.5. Otros órganos judiciales del orden civil a los que se atribuye competencia objetiva por razón de la materia

Las leyes orgánicas y procesales prevén ciertos órganos especializados por razón de la materia. Seguidamente exponemos sus competencias legales, con breve mención a los problemas más significativos que plantea su funcionamiento.

#### a) Juzgados de lo Mercantil

Sus competencias se definen en los arts. 86 bis y ter de la LOPJ, introducidos por [Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#) (BOE nº 164, 10.7.2003; en adelante, LO 8/2003). Tienen demarcación provincial y sede en su capital, si bien pueden establecerse en otras poblaciones cuya actividad económica lo justifique, o abarcar más de una provincia.

La materia que principalmente justificó la creación de estos juzgados es el derecho concursal. Así, el art. 86 ter LOPJ dedica su primer gran apartado a establecer que conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal y a enumerar, con cierto detalle, los supuestos en los que “la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente”, es decir, no sólo las materias en las que el Juzgado de lo Mercantil tiene competencia objetiva sino, además, la *vis attractiva* de esta competencia respecto de determinadas cuestiones.

La complejidad surge en el apartado segundo de este precepto, que establece que los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: a) las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a la competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que, dentro de este orden jurisdiccional, se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas; b) las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional; c) pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo; d) las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia; e) los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la certificación del Registrador Mercantil; f) procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado (lo que comúnmente se conoce como Derecho comunitario de la competencia); y g) de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el art. 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengán referidos a materias contempladas en este apartado.

Contra lo que pudiera parecer, y era exigible al legislador, la determinación de la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil en estos supuestos no ha sido suficientemente clara ni sistemática y ha dado lugar a numerosas dudas interpretativas y cuestiones de competencia entre



estos Juzgados y los de Primera Instancia<sup>7</sup>. Puede considerarse su creación como una medida innovadora y hasta rupturista con la tradición de simplicidad en la atribución de competencia objetiva que hasta ahora habíamos examinado (aunque también se ha considerado como una peligrosa concesión al mundo empresarial que, de alguna forma, evoca al fantasma de la jurisdicción especial mercantil, eliminada por efecto de la Constitución democrática de 1868, que impuso realmente la unidad de la jurisdicción ordinaria). Lo cierto es que la unidad de la aplicación del derecho puede resultar mermada respecto de ciertas materias si no se unifica el criterio interpretativo de las propias normas de competencia, evitando que en determinadas provincias o Comunidades Autónomas una misma materia pueda ser considerada competencia exclusiva en un lugar del Juzgado de Primera Instancia y, en otro, del Juzgado de lo Mercantil.

La polémica acerca de la exigencia de responsabilidad a los administradores de las sociedades mercantiles ilustra este problema. Parte de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales venía manteniendo que, pese a lo dispuesto por el art. 86 ter 2 LOPJ, era admisible la acumulación en un solo proceso, y ante un mismo órgano judicial, de las acciones de reclamación de cantidad y declaración de responsabilidad patrimonial de los administradores de una sociedad mercantil. Esta corriente se basa tanto en la tradición judicial como en una lógica procesal, pues es indudable que la declaración y condena a la sociedad mercantil por la deuda constituye antecedente necesario de la declaración de responsabilidad de sus administradores, y no existe causa razonable que justifique que el demandante deba acudir a dos órganos jurisdiccionales distintos pero del mismo orden civil para obtener el segundo de los pronunciamientos, que en la práctica será el único eficaz.

Frente a esta interpretación, el AAP Alicante 18.10.2005 concluye (previo un detallado examen de la jurisprudencia anterior y la doctrina, y con una minuciosa fundamentación en los criterios interpretativos literal y teleológico) que la ley únicamente permite entender que el juzgado especializado carece de competencia objetiva para conocer de cuestiones distintas de las expresamente atribuidas por el art. 86 ter LOPJ (lo que le impide conocer de reclamaciones de cantidad contra la mercantil) y, por tanto, la acumulación de acciones no es posible a tenor del art. 73 LEC, ya que la acción de reclamación contra la sociedad es competencia exclusiva de los juzgados de primera instancia, mientras que la de responsabilidad de los administradores, al promoverse al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, es competencia exclusiva de los juzgados de lo mercantil. Con ello se trata de aportar seguridad jurídica, evitando la tendencia a expandir las competencias de los juzgados de lo mercantil, que cabe entender se produciría siempre *contra legem*. La doctrina se mantiene en el AAP Alicante 20.10.2005. Similares decisiones se producen en otros órganos como, por ejemplo, los Autos AAPP Sevilla 7.3.2005 y Pontevedra 31.3.2006.

Esta polémica sirve, a nuestro entender, no sólo para mostrar hasta qué punto cabe la discrepancia en una cuestión sobre la que la Ley no debiera dar lugar a la menor duda interpretativa sino que, además, ilustra sobre los efectos de la indeterminación legal en cuanto a la posibilidad de alteración de la competencia objetiva por conexidad (como mecanismo para

---

<sup>7</sup> Para un examen más detallado de la cuestión, véase GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ (2006, pp. 47-64).

elegir tribunal) y aplicación desigual de normas sustantivas en función de que sea un juzgado de primera instancia o de lo mercantil quien resuelva ante casos análogos.

#### *b) Juzgados y Sección de Marca Comunitaria*

El anteriormente citado art. 86 bis LOPJ establece, en su apartado 4, que los juzgados de lo mercantil de Alicante tendrán competencia, además, para conocer en primera instancia, y de forma exclusiva, de todos aquellos litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en los [Reglamentos 40/1994, del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria](#) (DOCE 14.01.1994), y [6/2002, del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios](#) ( DO L 3 de 5.1.2002). En el ejercicio de estas competencias, estos juzgados extienden su jurisdicción a todo el territorio nacional y, a estos solos efectos, reciben la denominación de Juzgados de Marca Comunitaria.

A fin de garantizar el derecho a la doble instancia, el art. 82.4 LOPJ (reformado por la antedicha LO 8/2003) prevé la especialización de Secciones de la Audiencia Provincial, al amparo del art. 98 LOPJ, en los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil, y atribuye expresamente, a la sección o secciones de la Audiencia Provincial de Alicante que se especialicen de esta manera, el conocimiento en segunda instancia y de forma exclusiva de los recursos a los que se refiere la normativa europea antes expuesta, con jurisdicción en todo el territorio nacional, y denominándose a estos solos efectos Tribunales de Marca Comunitaria.

Este sistema jurisdiccional viene a garantizar tanto el cumplimiento de lo exigido por la normativa europea expresada, como la necesaria unidad de doctrina en las resoluciones que al respecto se vayan dictando. Si bien es de la mayor corrección que se haya evitado la creación de una jurisdicción especial para lo Mercantil y, más concretamente, para la marca comunitaria, no deja de resultar un tanto llamativa que la propia LOPJ se remita a su art. 98 en el contexto en el que precisamente debe dejar predeterminado el juez legal para el conocimiento de tan especializada materia.

#### *c) Juzgados de Violencia sobre la Mujer*

Sus competencias se definen en los arts. 87 bis y ter de la LOPJ, introducidos por [Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género](#) (BOE nº 313, 29.12.2004, corr. errores BOE nº 87, 12.4.2005; en adelante, LO 1/2004). Tienen demarcación provincial y sede en su capital, si bien pueden establecerse en otras poblaciones o abarcar dos o más partidos dentro de una misma provincia. A diferencia de los Juzgados de lo Mercantil, respecto de estos Juzgados establece el art. 86 ter 3 que el Consejo General del Poder Judicial puede acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en las circunscripciones en las que sea conveniente, en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el art. 87 ter de la misma LOPJ corresponda a uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción, determinándose que uno solo de estos Juzgados conozca de todos los asuntos dentro del partido judicial, de forma exclusiva o conociendo

también de otras materias (es decir, las propias de su condición de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción).

Es criticable que, al pretender instaurar unos órganos especializados sin que dicha especialización se traduzca en la necesaria atribución de medios y liberación de otros asuntos, no se obtenga una verdadera especialización (que sería comparable a la establecida para los Juzgados de lo Mercantil). Con ello, no sólo se sobrecarga de trabajo a un determinado juzgado de cada partido judicial, sino que se genera una indeterminación de la competencia y una posibilidad de variación de la misma en virtud de la conducta de las partes acusadoras contraria tanto al derecho al juez legal como a la eficacia de la función jurisdiccional (si bien es cierto que esta cuestión produce sus peores efectos, principalmente, en el orden penal). Ya hemos comentado cómo la primera consecuencia de esta disposición ha sido la elaboración de normas de reparto que tienden a compensar la imprevisible sobrecarga de trabajo de estos juzgados mixtos, vaciándoles de algunas competencias atribuidas por la LOPJ y la LEC.

La atribución de competencias civiles a estos Juzgados, prevista por el art. 87 ter en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, se corresponde con la creación de un mecanismo especial de tratamiento procesal de la competencia en casos de violencia sobre la mujer, incorporado en el art. 49 bis de la LEC, y que se comenta más adelante.

Según el art. 87 ter. LOPJ:

*2. Los Juzgados de Violencia sobre la mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:*

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.*
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.*
- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.*
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.*
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.*
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.*
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.*

*3. Los Juzgados de Violencia sobre la mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:*

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.*
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.*
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.*
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.*

*4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.*

El precepto regula las competencias en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y, si bien generalmente se considera que se trata de una atribución de competencia objetiva por razón de la materia (o en algún caso, de la persona<sup>8</sup>), lo cierto es que dado que uno de los requisitos para tal atribución, en ciertos casos, es la preexistencia de procesos penales entre las mismas partes, puede defenderse que se trata de una atribución de competencia funcional.

Quizá lo más criticable de esta regulación es la facultad que parece dejar al Juez de Violencia sobre la Mujer para decidir acerca de su competencia en ciertos asuntos, ya que la ley parece establecer unas competencias con carácter imperativo, y otras con carácter potestativo, cuya avocación decide de forma expeditiva (art. 49 bis 3 y 4 LEC) el propio juez de violencia. La cuestión no sería tan grave si las dudas acerca de la competencia objetiva y la tramitación de sucesivas inhibiciones de asuntos de familia no acarreasen importantes dilaciones en su tramitación, para acabar confluyendo en unos órganos sobrecargados de trabajo y con dificultades para establecer una agenda estable de señalamientos. En definitiva, esta distribución de competencias, ideada para favorecer el conocimiento conjunto y preferente de los litigios civiles más relacionados con violencia en el ámbito familiar, en la práctica puede convertirse en un obstáculo que, en contra del pretendido y sólo aparente privilegio, haga de peor condición a los procesos que puedan o deban -pues la indeterminación subsiste- inhibirse al juzgado de violencia sobre la mujer<sup>9</sup>.

Se admite generalmente que este Juzgado conocerá también de los procesos relativos a la liquidación del régimen económico matrimonial en los supuestos en que haya dictado la sentencia de nulidad, separación o divorcio, por aplicación del art. 807 LEC, así como para la ejecución de las resoluciones civiles que dictase. Aunque se trata de normas de competencia funcional, conviene tenerlo presente desde el momento en que se determina la competencia de estos juzgados, que como se ve resulta más amplia de lo que inicialmente pudiera parecer.

También habrá de observarse el uso que los Juzgados de Violencia realicen de la cláusula contenida en el párrafo 4 de este art. 87 ter LOPJ ya que, hasta la fecha, no se conoce que se esté aplicando con frecuencia. Si este precepto no queda en desuso puede convertirse, en un criterio de lógica para evitar que las mujeres ejerzan un cierto poder de elección del juzgado (lo que podrían realizar absteniéndose de denunciar hechos penalmente relevantes, para evitar que sus procesos de familia fueran reconducidos al Juzgado de Violencia; aunque también en sentido contrario, ya que basta la incoación de proceso penal para la determinación de las competencias civiles). Sobre el tratamiento procesal de la competencia en los supuestos en que pudieran concurrir estos Juzgados especializados y los de Primera Instancia se trata más abajo (art. 49 bis LEC).

---

<sup>8</sup> Así, MAGRO SERVET (2005, pp. 216-225).

<sup>9</sup> Sobre las competencias civiles de estos Juzgados, MAGRO SERVET (2005, pp. 32-47).

En correlación con estas previsiones, el art. 82.4 LOPJ prevé la especialización de secciones de la Audiencia Provincial en el conocimiento de los recursos contra las resoluciones dictadas en materia civil por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

#### **1.6. Materias que determinan la atribución de competencia objetiva y han suscitado controversia al respecto**

Se expone a continuación una relación de materias que han sido definidas por la ley como supuesto de hecho para la atribución de competencia objetiva a determinada clase de órganos judiciales. Con ello se pretende poner de manifiesto, no sólo la existencia de un variado elenco de supuestos, sino también la subsistencia de cierta polémica o diferencia de enfoque respecto de alguno de ellos.

##### *a) Actos de conciliación*

El acto de conciliación se regula en los arts. 460 a 480 LEC 1881, cuya vigencia mantuvo la Disposición Derogatoria Única de la LEC 2000. Suele definirse como un acto preprocesal, si bien no puede ignorarse la intervención de un órgano jurisdiccional y la trascendencia que lo acordado en conciliación puede llegar a tener.

La competencia objetiva se atribuye al Juez de Paz en las poblaciones en que exista y, en caso de no existir (es decir, poblaciones que son cabeza de partido judicial), al Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal Supremo ha declarado que tal atribución es de derecho necesario y de orden público, dado el carácter excluyente y exclusivo de las normas de competencia objetiva (ATS, 1ª, 19.12.2003).

Dado que lo acordado en conciliación ante el Juez que sería competente para conocer del eventual litigio goza de ejecutividad a tenor de lo dispuesto por el art. 476 LEC 1881, el Juez de Paz no sólo sería competente para la creación de este peculiar título ejecutivo, sino que también lo sería para su ejecución forzosa, si la cuantía del asunto no superase los 90 euros. Si el acuerdo se alcanza ante el Juez de Primera Instancia, éste será competente para su eventual ejecución forzosa.

##### *b) Diligencias preliminares y anticipación de la prueba a la presentación de la demanda*

Son supuestos recogidos en los arts. 256-263 y 293.2 LEC, respectivamente, en los que al no existir un previo proceso incoado, debe determinarse inicialmente por la ley tanto la competencia objetiva como la territorial.

Para las diligencias preliminares, el art. 257.1 LEC determina la competencia objetiva en el Juez de Primera Instancia y, para el caso del art. 256.1.6º (petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando sean fácilmente determinables), el Tribunal ante el que haya de presentarse la demanda. El párrafo segundo de este art. 257 LEC establece que no se

admitirá la declinatoria en diligencias preliminares, pero el juez al que se soliciten revisará de oficio su competencia y, si entiende que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando el Juzgado al que debe acudir el solicitante.

Respecto de la prueba anticipada, el art. 293.2 LEC prevé que la petición de actuaciones anticipadas de prueba que se formulen antes del inicio del proceso se dirija al tribunal que se considere competente para el asunto principal, órgano que vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, sin que sea admisible la declinatoria.

Se defiende generalmente la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de estas actuaciones, cuando se refieran a procesos que serían de su competencia (Autos AP Oviedo 6.7.2005 y 20.7.2005).

#### *c) Juicio monitorio*

El art. 813 LEC es terminante al respecto, al expresar que será exclusivamente competente para el proceso monitorio el Juez de Primera Instancia. En este supuesto la competencia territorial también es de carácter imperativo. Con ello se excluiría, en nuestra opinión, la posibilidad de que órganos de distinta clase pudieran conocer de procesos monitorios, pues vemos en esta previsión legal una manifestación de la estrecha relación entre procedimiento adecuado -previsto para cierta clase de órganos, por su tramitación y consecuencias- y competencia objetiva, ambas cuestiones regidas por normas inderogables por las partes y de interpretación estricta.

No obstante, no es unánime la jurisprudencia y se defiende, crecientemente, la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de cierta clase de procesos monitorios, si por la materia los Juzgados de lo Mercantil serían competentes para un eventual proceso posterior (así, los Autos AP Madrid 28.3.2000 y 18.5.2006).

#### *d) Arbitraje*

El art. 8 de la [Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje](#) (BOE nº 309, 26.12.2003) establece los tribunales que denomina competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje. Salvo lo que se ha expuesto respecto de la competencia de los juzgados de lo mercantil en relación con la materia propia de su conocimiento, se atribuye la competencia para todos los supuestos al Juzgado de Primera Instancia, excepto en aquéllos de la que denomina "acción de anulación del laudo" (en el que se atribuye la competencia a la Audiencia Provincial) y del exequátur de laudos extranjeros (en el que se establece como órgano competente el que tenga atribuida por el ordenamiento procesal civil la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros). El Tribunal Supremo ha establecido que el recurso de anulación se prevé como un medio de impugnación que no constituye una segunda instancia (ATS, 1ª, 25.2.2003 y 30.9.2003).

*e) Jurisdicción voluntaria*

La jurisdicción voluntaria se regula en los arts. 1.811 a 2.174 LEC 1881, cuya vigencia mantuvo la Disposición Derogatoria Única de la LEC 2000. Bajo esta denominación se agrupan actuaciones judiciales de diversa naturaleza y trascendencia, que tienen en común, no obstante, el no existir controversia entre los interesados y que, en caso de surgir ésta, deberá transformarse el expediente en el proceso que corresponda. Se ha defendido que estas actuaciones, al no implicar ejercicio de la potestad jurisdiccional, pueden y hasta deben ser encomendadas a otros órganos o funcionarios del Estado, tales como los fedatarios públicos. Pero, en tanto no se promulgue la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la práctica anunciada, más que exigida, por la Disposición Final 18ª de la LEC 2000, la competencia objetiva se atribuye al Juzgado de Primera Instancia, según dispone el art. 85.2 LOPJ.

*f) Medidas cautelares*

La competencia objetiva para conocer de las pretensiones que la LEC, en su art. 5, delimita como tutela cautelar, cuando éstas se formulan con anterioridad a la presentación de la demanda, se determina en el art. 723.1 LEC, y corresponde al órgano que fuera competente para conocer de la demanda principal. Esta literalidad permite, a diferencia de supuestos que hemos examinado más arriba, sostener sin polémica la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para todo lo relativo a medidas cautelares dependientes de cualquier proceso principal que pudiera seguirse ante ellos.

*g) Ejecución de título extrajudicial (o juicio ejecutivo) y laudos arbitrales*

Dado el privilegio que supone el acceso al proceso de ejecución sin previo proceso de declaración, las normas que regulan la competencia para la ejecución de los títulos extrajudiciales son de carácter objetivo y territorial, y tienen un tratamiento procesal distinto del de la competencia funcional, aplicable con carácter general en la ejecución de títulos judiciales. Así, el art. 545.3 LEC atribuye la competencia objetiva para la ejecución forzosa, siempre, al Juzgado de Primera Instancia. Igual órgano resulta competente para la ejecución del laudo arbitral, a tenor del párrafo segundo del mismo art. 545 LEC. En estos casos, la impugnación a instancia de parte de la competencia debe producirse a través de declinatoria, que se interpondrá en el plazo de cinco días, con anterioridad a la formulación de oposición por motivos procesales que prevé el art. 559 LEC<sup>10</sup>.

*h) Exequátur*

Desde la reforma operada por la LO 19/2003, la competencia objetiva para la homologación de las resoluciones judiciales extranjeras, que tradicionalmente se reservaba exclusivamente al Tribunal Supremo (salvo lo que los tratados internacionales pudieran establecer, y de hecho ocurre ya que generalmente por esta vía la competencia corresponde al Juez de Primera

---

<sup>10</sup> Véase MORENO CATENA (2000, p. 88).

Instancia), se atribuye por el art. 85.5 LOPJ al Juzgado de Primera Instancia, siempre que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, no corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal. El propio Alto Tribunal se declara, en sus Autos más recientes (por todos, el ATS, 1ª, 19.9.2006) no competente para conocer de exequátur al considerar la atribución de competencia objetiva a los Juzgados de Primera instancia como de *ius cogens* (así, en ATS, 1ª, 22.2.2005, pese a lo reciente de la reforma legislativa).

*i) Declaración de ilegalidad de un partido político y su disolución*

La [Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos](#) (BOE nº 154, 28.5.2002) incluyó, en el art. 61.1 LOPJ, un apartado 6º, por el que se atribuye a la Sala del Tribunal Supremo, que el propio artículo define (Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas), la competencia objetiva para conocer de los procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos, según el procedimiento que se establece en el art. 11 de la mencionada Ley Orgánica.

## **2. Artículo 46 LEC**

### **Artículo 46. Especialización de algunos Juzgados de Primera Instancia**

Los Juzgados de Primera Instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 LOPJ, se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquéllos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes cuando el proceso verse sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia.

#### **2.1. Las previsiones del artículo 98 LOPJ. Supuestos de especialización**

El art. 98 LOPJ, cuya última redacción procede de la reforma operada por la LO 19/2003 prevé que el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman, con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que se constituyan al efecto.

Dada la similitud de esta especialización efectuada por órganos de gobierno del Poder Judicial con la determinación mediante normas de competencia objetiva, según ya hemos expuesto más arriba, se ha planteado si es compatible con éstas o, por el contrario, supone un mecanismo para alterar dicha clase de competencia por razón de la materia, eludiendo las exigencias de una rigurosa aplicación del principio de reserva de ley. Lo cierto es que, a la vez que esta especialización se justifica en razones de optimización de la organización judicial ya existente, el



propio art. 98 LOPJ prevé que se acuerde con publicidad y con la debida predeterminación, y que los juzgados afectados por ella deban continuar conociendo de todos los procesos pendientes ante los mismos hasta su terminación, en aras de evitar una modificación sobrevenida del juez legal, que conculcaría notoriamente este derecho fundamental, a la vez que supondría una alteración igualmente sobrevenida de lo ordenado por normas legales de competencia.

En cuanto al procedimiento y efectos de la especialización, el Reglamento 1/2005 contiene, en sus arts. 17 a 24, una detallada regulación, que no puede por menos que recordarnos, una vez más, la proximidad entre estas previsiones y un verdadero procedimiento *paralegislativo* para la determinación de la competencia por razón de la materia respecto de ciertos órganos.

Al amparo de este precepto, no obstante, se han creado los denominados Juzgados de Familia, Ejecuciones o Hipotecarios, cuyas competencias son definidas por el correspondiente Acuerdo del Pleno del CGPJ, publicado en el Boletín Oficial del Estado. El Tribunal Supremo trata la cuestión de la especialización frente a la competencia objetiva en su STS, 1ª, 18.9.2006, si bien no deja claro si, efectivamente, considera que el Juzgado de Familia pierde sus competencias como Juzgado de Primera Instancia para conocer de asuntos conexos acumulados que se refieran a las relaciones entre las partes de un proceso de familia (en el supuesto de autos, acumulación de división de la cosa común a un litigio puramente de familia). En cambio, en su STS, 1ª, 29.7.1997, no apreció que fuera relevante la especialización de un juzgado de familia, desde el punto de vista de la competencia objetiva. La STS, 1ª, 27.2.2006 parece admitir que el Juzgado de Familia posee competencia objetiva por razón de la materia diferente de la de los Juzgados de Primera Instancia.

## **2.2. Tratamiento procesal de las cuestiones entre órganos civiles especializados**

No menos significativo resulta el tratamiento procesal de las discrepancias que pudieran surgir en la atribución del conocimiento de asuntos determinados a un Juzgado especializado. Ha de notarse que, en este caso, la Ley asimila la controversia a una cuestión de competencia y no a una norma de reparto. Ello revela que, mientras la regulación de esta especialización es puramente gubernativa (aspecto en el que se aproxima a las normas de reparto), la materia sobre la que incide está más próxima en su naturaleza a la determinación de la competencia objetiva por razón de la materia, que al mero reparto de asuntos.

## **3. Artículo 47 LEC**

### **Artículo 47. Competencia de los Juzgados de Paz.**

*A los Juzgados de Paz corresponde el conocimiento, en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a quince mil pesetas que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado 1 del artículo 250.*

Ya se ha comentado más arriba el criterio para la atribución de competencia objetiva por razón de la cuantía a los Juzgados de Paz, siendo este precepto la concreción de lo dispuesto por el art. 100 LOPJ, que establece que conocerán, en el orden civil, de la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos que la ley determine. Cumplirán también funciones de Registro Civil y las demás que la ley les atribuya, entre las que ya hemos señalado que se encuentra el acto de conciliación.

Además de estas funciones, los Juzgados de Primera Instancia dirigen exhortos habitualmente a los Juzgados de Paz de su demarcación, a fin de que por los mismos se practiquen notificaciones, citaciones y emplazamientos e, incluso, ciertas diligencias de aseguramiento de medidas cautelares o de ejecución, en lo que no puede por menos que considerarse una interpretación generalmente amplia de lo dispuesto por el art. 67 del ya citado Reglamento 1/2005.

#### **4. Artículo 48 LEC**

##### **Artículo 48. Apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva.**

- 1. La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto.*
- 2. Cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda.*
- 3. En los casos a que se refieren los apartados anteriores, el tribunal, antes de resolver, oirá a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días.*
- 4. El auto que declare la falta de competencia objetiva indicará la clase de tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto.*

##### **4.1. Tratamiento procesal de la falta de competencia objetiva**

El precepto que comentamos inicia la regulación de los mecanismos para el control e impugnación de la falta de competencia objetiva. Como corresponde a toda cuestión de derecho necesario, y que afecta a un derecho fundamental en los términos que ya conocemos, se garantiza, de una parte, que nunca quede sin apreciar una posible falta de competencia y, de otra, que la nulidad que se determina como sanción para lo actuado con falta de competencia objetiva y contra la ley imperativa correspondiente no pueda producir efectos amparándose en una deficiente regulación procesal.

En consecuencia, se prevé el doble mecanismo de control que supone la atribución a las partes de la posibilidad de denunciar la falta de competencia del órgano jurisdiccional y el simultáneo reconocimiento de facultades de oficio al tribunal para sustraer al principio dispositivo una cuestión que afecta al interés público y, como tal, debe hacerse respetar con independencia del interés de las partes en cada proceso.

La falta de competencia objetiva como causa de nulidad de pleno derecho de los actos procesales se prevé expresamente en los arts. 238.1º LOPE y 225.1º LEC. Los arts. 240 LOPJ y 227 LEC prevén que tal nulidad se haga valer por las partes mediante los recursos ordinarios que procedan contra las resoluciones dictadas en ausencia de los requisitos procesales esenciales.

También prevé la LOPJ, en sus artículos 51 y 52, una escueta regulación de las cuestiones de competencia, estableciendo que las mismas serán resueltas por el órgano inmediato superior jerárquico común conforme a las normas establecidas en las leyes procesales; que, en toda resolución que declare la falta de competencia, habrá de expresarse el órgano que se considere competente; que no podrá suscitarse cuestión de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí; y que el Juez o Tribunal superior fijará, en todo caso y sin ulterior recurso, su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días. Estos son los criterios generales para la resolución de cualquier cuestión de competencia (lo que incluye a la competencia objetiva) y, como tales, son implícitamente acogidos por la LEC.

El incidente para la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva puede iniciarse, de oficio, por el órgano ante el que se plantea la demanda, en cualquier momento antes de dictar sentencia, o puede ser también iniciado como consecuencia de la puesta de manifiesto de la cuestión mediante cualquier escrito o alegación de las partes, mecanismo que suele utilizarse, en la práctica, en los casos en que ha precluido la facultad de interponer declinatoria, si bien no tiene por qué ser acogido por el Tribunal, que sólo tiene el deber de pronunciarse sobre las peticiones de las partes deducidas en el momento procesal oportuno y según la forma prevenida por las leyes de procedimiento.

Especial atención merece la previsión introducida en el art. 240.2 LOPJ por la LO 19/2003, y contenida igualmente en su gemelo, el art. 227 LEC. Después de establecer que el tribunal puede declarar, previa audiencia de las partes y siempre que no proceda la subsanación, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular, de oficio o a instancia de parte, y antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso (lo que constituye nuevamente un criterio general aplicable a la discusión de la competencia objetiva), precisa el precepto que en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare *falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional*, o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

Con ello puede observarse, una vez más, que la vigilancia de la competencia objetiva se sustrae por la Ley al principio dispositivo y a su corolario de congruencia, y se concluye el criterio básico de que la falta de competencia determinada por norma imperativa puede y debe apreciarse por cualquier tribunal que conozca del proceso en cualquier momento anterior a la terminación del mismo por resolución definitiva firme.

#### 4.2. Procedimiento para la apreciación de oficio

El procedimiento es sencillo y se describe con claridad en la LEC, en concreción de los criterios y principios generales que han quedado expuestos. Sólo resta precisar respecto de lo ya tratado que la intervención del Ministerio Fiscal se establece como obligatoria, si bien su informe no será vinculante para el Tribunal en ningún caso. La resolución que ponga fin al proceso, dejando a salvo el derecho de la parte demandante para acudir al órgano que se señale, será un auto de sobreseimiento y archivo análogo al que se prevé para el caso de estimación de la declinatoria (art. 65 LEC) ya que no cabe la inhibición o remisión del proceso al tribunal que se considere competente (a diferencia de lo que ocurre en caso de apreciarse falta de competencia territorial). En todo caso, este auto, como definitivo que es, será susceptible de recurso de apelación (art. 455.1 LEC, previsión que se corresponde con lo establecido por el art. 66.1 LEC para el auto que estima la declinatoria por falta de competencia objetiva).

### 5. Artículo 49 LEC

#### Artículo 49. Apreciación de la falta de competencia objetiva a instancia de parte.

*El demandado podrá denunciar la falta de competencia objetiva mediante la declinatoria.*

#### 5.1. Posibilidades procesales de denuncia por las partes

Frente a la sencillez con que el precepto remite a la parte demandada al expediente de la declinatoria para la denuncia de la falta de competencia objetiva, existen otras posibilidades al alcance de las partes para obtener un pronunciamiento del órgano judicial que aprecie su falta de competencia objetiva. Los exponemos a continuación.

##### *a) Instrumento general: declinatoria*

Dado que no es objeto de este trabajo el estudio de la declinatoria que, por lo demás, presenta su lógica complejidad, nos limitaremos a precisar que, según prevén los arts. 63 a 66 LEC, ésta es el instrumento a través del cual debe la parte demandada denunciar la falta de cualquier presupuesto procesal atinente a la jurisdicción y la competencia, y para ello debe hacerlo en el tiempo y la forma que estrictamente prevé la ley. Ello plantea el problema de cómo proceder en los supuestos en que la posible falta de competencia objetiva se advierta una vez precluido el trámite de interponer la declinatoria, pues alguna finalidad ha de tener la prohibición expresa que contiene el art. 416 LEC en cuanto a que, en la audiencia previa del juicio ordinario, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal (“que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de esta ley”, añade la LEC, en su afán didáctico).

La propia rigidez de este mecanismo obliga al legislador a prever otros mecanismos para garantizar que no llegue a dictarse una resolución definitiva en un proceso tramitado ante un órgano carente de competencia objetiva, así como impulsa a los tribunales a hacer uso de sus facultades de oficio tan pronto como observen la oportunidad para ello.

*b) Alegación por vía de recurso*

La muy razonable prohibición, con carácter general, del incidente de nulidad de actuaciones que contiene el art. 240 LOPJ abre en cambio la posibilidad de alegar la falta de competencia objetiva por vía de recurso contra las resoluciones que dicte el tribunal, incluso contra las que no pongan fin al proceso. Aun cuando esta afirmación pueda chocar con las previsiones literales de la LEC, lo cierto es que si no se alega por vía de recurso la falta de competencia objetiva, existe la posibilidad de que se deniegue un recurso posterior e, incluso, el amparo, si se aplica la doctrina que podría deducirse de la STS, 1ª, 25.9.2000 que, de forma un tanto contradictoria con los principios rectores de la jurisdicción y la competencia, apreció que las cuestiones aceptadas por el demandado al contestar la demanda no pueden plantearse en recurso extraordinario (entonces, el de casación), aunque se refieran a materias de orden público como la jurisdicción y la competencia.

*c) Puesta de manifiesto ante el tribunal, para que éste inicie el incidente de apreciación de oficio*

Aun cuando se haya omitido fundamentar un recurso en la falta de competencia objetiva del tribunal, siempre cabe utilizar un escrito *atípico* o cualquier otro acto procesal para poner de manifiesto ante el tribunal la posible falta de competencia, de manera que sea éste el que inicie el incidente de apreciación de oficio o, al menos, dicte una resolución pronunciándose acerca de la pretensión que ya sea susceptible de recurso. No ha de olvidarse que es regla general que todo lo que un órgano judicial puede apreciar de oficio puede ser alegado por las partes, y que muchas veces será una alegación de esta clase el detonante del incidente antedicho. Nótese que no se está tratando aquí de ninguna picaresca o actividad dilatoria del proceso, que pudiera ser incluso contraria al deber de buena fe procesal, sino únicamente de provocar que quede resuelta la cuestión de la posible falta de competencia objetiva tan pronto como se haya suscitado cualquier duda al respecto ya que, de no hacerse así, la cuestión penderá sobre el proceso a modo de espada de Damocles, sin que las partes puedan conocer el destino de su litigio hasta el mismo momento de dictarse resolución definitiva en cualquier instancia o recurso extraordinario, ya que el tribunal conserva la facultad de oficio para apreciar su falta de competencia hasta dicho momento procesal.

## 6. Artículo 49 bis LEC

### Artículo 49 bis. Pérdida de la competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.

1. *Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral.*
2. *Cuando un Juez, que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes veinticuatro horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las veinticuatro horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.*
3. *Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente. A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada.*
4. *En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese momento comparecer ante dicho órgano. En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior.*
5. *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Este precepto regula el especial tratamiento procesal que regula las relaciones de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia y los de Violencia sobre la Mujer, estableciendo un

procedimiento especial y de aplicación preferente y excluyente del tratamiento general que se ha examinado en los artículos precedentes.

En primer término trata el supuesto en que el Juez de Primera Instancia competente ante el que pende un proceso de los señalados por la LEC tenga conocimiento de la tramitación de procesos penales entre las mismas partes ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer, ya sea por ponerlo de manifiesto las partes o por otra vía (por ejemplo, comunicación recibida del Juzgado de Violencia). La LEC establece, entonces, que se produzca la inhibición al Juzgado de Violencia, sin más trámite que la necesaria verificación de la existencia de dichos procesos penales, pues en tal sentido ha de interpretarse la expresión “remitiendo los autos en el estado en que se hallen”. Ha planteado dudas el supuesto de si la inhibición debe realizarse con independencia de que los procesos penales se encuentren pendientes, o ya concluidos, o remitidos al órgano de enjuiciamiento cuando el Juzgado de Violencia no resulte el competente. También existe disparidad de criterios en cuanto a los procesos declarativos y de ejecución que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la LO 1/2004 o de la especialización o creación del Juzgado de Violencia de que se trate, si bien en este caso parece prevalecer la interpretación más restrictiva, en aras del respeto del derecho al juez predeterminado por la ley y la irretroactividad de las leyes de competencia.

En cuanto al momento procesal hasta el que debe verificarse la inhibición de los procesos civiles, la LEC, con notable imprecisión, establece “que se haya iniciado la fase de juicio oral”, lo que en los procesos civiles en rigor no está determinado, y se ha identificado con la providencia que señala el juicio verbal o la citación para la vista del mismo. En cualquier caso, si se ha acordado la práctica de prueba anticipada (de lo que es ejemplo frecuente la solicitud de los casi inevitables informes por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado de Primera Instancia, que por diversos motivos conllevan habitualmente varios meses de preparación) cabe entender que la norma de inhibición ha perdido su sentido, y puede tornarse perjudicial para la solución de la crisis familiar, además de suponer un retraso que la LEC parece no haber tomado en consideración.

En segundo lugar regula el precepto una comparecencia para que se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible existencia de hechos competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que aprecia el Juez de Primera Instancia sin que exista proceso penal incoado entre las partes, y que puede dar lugar a la inhibición sin más trámite a dichos Juzgados, incluso inmediatamente después de la admisión a trámite de la demanda civil. La voluntad legal de introducir tan pronto como sea necesario en el proceso al Ministerio Fiscal como garante de la legalidad penal es evidente, pero cabe plantearse si la celebración de comparecencias en el curso de un proceso civil no se convierte en una dilación desproporcionada para los mismos, así como en un elemento distorsionador para el proceso penal cuya incoación se presume inminente (nótese la posición en que queda la mujer que se convierte un tanto sorpresivamente en denunciante, ya que no deseaba interponer denuncia, y se encuentra asesorada por un abogado en el proceso civil que tampoco lo ha considerado procedente; igualmente, el hombre se enfrenta a una preimputación que no está regulada pese a su innegable trascendencia penal, que puede

precisamente decidirse en función de sus manifestaciones o las de su letrado en esta comparecencia).

En el tercer supuesto, se prevé que el Juez de Violencia sobre la Mujer requiera de inhibición igualmente sin más trámite al Juzgado de Primera Instancia que venía conociendo de los procesos civiles afectados, decisión frente a la que no cabe más actuación que la remisión de los autos.

Expresamente se excluye la posibilidad de presentar declinatoria en estos supuestos, lo que obliga a entender (siendo consecuentes con los argumentos expuestos más arriba acerca del carácter de la competencia objetiva y su tratamiento procesal) que, no obstante, dicha competencia podrá discutirse por vía de recurso, ya que la competencia objetiva en estos supuestos no es de naturaleza distinta, pese a su excepcional regulación y tratamiento.

Por último, el apartado 5 de este art. 49 bis puede sorprender en cuanto a su mención al carácter exclusivo y excluyente de la competencia, por su ubicación poco sistemática, y su aparente contradicción con lo establecido en el art. 87 ter apartado 2, que parecía atribuir carácter potestativo a la atribución de dichas competencias. No obstante, la cuestión se resuelve en beneficio de la necesaria seguridad jurídica, al interpretar que la LOPJ se limita a prever las competencias que puede atribuir una ley diferente a estos juzgados, siempre respetándose (como, en efecto, se ha hecho) la reserva legal que la Constitución impone a la determinación de la competencia.

## 7. Tabla de sentencias

### Tribunal Constitucional

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC 31.5.1983	RTC 1983\47	Gloria Begué Cantón	<i>Fernando c. Ministerio Fiscal</i>
STC 8.11.1984	RTC 1984\101	Francisco Tomás y Valiente	<i>Rosario y otros c. Resolución TS nombrando juez especial</i>
STC 28.3.1990	RTC 1990\55	Miguel Rodríguez-Piñero	<i>Cuestiones de inconstitucionalidad</i>
ATC 24.6.1997	RTC 1997\235 AUTO		<i>Cuestión de inconstitucionalidad</i>
STC 14.2.2000	RTC 2000\35	Rafael de Mendizábal y Allende	<i>Rafael F. H.B. c. Ministerio Fiscal</i>

### Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS 10.5.1993	RJ 1993\3536	Mariano Martín-Granizo Fernández	<i>Ministerio Fiscal c. José Emilio</i>
STS 29.7.1997	RJ 1997\5811	Román García Varela	<i>Luis Emilio y otra c. Ignorados herederos de Félix y otros</i>
STS 8.7.1999	RJ 1999\4763	Francisco Morales Morales	<i>Concepción c. Javier y otros</i>



STS 25.9.2000	RJ 2000\7029	José Almagro Nosete	"Tradespa S.A." c. "RENFE"
STS 16.5.2002	RJ 2002\6746	Teófilo Ortega Torres	Trinidad c. "Carat España S.A." y otros
ATS 25.2.2003	RJ 2003\2512	Pedro González Poveda	"Promotora Manresana de Viviendas Sociales, S.A." c. Resolución 20.11.2002
ATS 30.9.2003	RJ 2003\8449	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	"Quiero, S.L." c. Providencia 27.5.2003
STS 31.10.2003	RJ 2003\7980	Clemente Auger Liñán	Gregorio c. Abogado del Estado y Rosalía
ATS 19.12.2003	RJ 2004\731	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Bartolomé c. Catalina
ATS 22.3.2005	RJ 2005\3705	Román García Varela	Clara c. Alonso
STS 27.2.2006	RJ 2006\5807	Antonio Gullón Ballesteros	Julia c. José Pedro
STS 18.9.2006	RJ 2006\6398	Antonio Salas Carceller	Luis Ángel c. María Luisa
ATS 19.9.2006	RJ 2006\6358	Xavier O'Callaghan Muñoz	Francisco c. Alicia

### Audiencias Provinciales

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
AAP Sevilla 7.3.2005	AC 2005\1005	José Herrera Tagua	Cuestión de competencia negativa. "Entidad Organización y Programación de Inversiones S.A." (OPISA) c. "Entidad Prosevilla S.A."
AAP Oviedo 6.7.2005	JUR 2005\174955	Guillermo Sacristán Represa	"Sociedad General de Autores y Editores de España" c. Ministerio Fiscal
AAP Oviedo 20.7.2005	JUR 2005\191014	María Pilar Muriel Fernández-Pacheco	"Sociedad General de Autores y Editores de España" c. Ministerio Fiscal
AAP Alicante 18.10.2005	La Ley nº 6355, 9.11.2005	Luis Antonio Soler Pascual	"Brugal & Co." c. "Diego Zamora S.A."
AAP Alicante 20.10.2005	AC 2005\2006	Francisco José Soriano Guzmán	"Bofred Valles S.L." y otros c. "Mar Congelados Alicante S.L."
AAP Madrid 28.3.2006	JUR 2006\148276	Rosa María Carrasco López	"Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales" c. Ministerio Fiscal
AAP Pontevedra 31.3.2006	AC 2006\1015	María Begoña Rodríguez González	"Técnicas de Filtración, S.L." c. "Oca Medioambiente, S.L." y Marcelino
AAP Madrid 18.5.2006	JUR 2006\195659	Rafael Saraza Jimena	"Sociedad General de Autores y Editores de España" c. "Lozmun, S.L."

## 8. Bibliografía

Miguel Ángel FERNÁNDEZ LÓPEZ (1995), "La competencia objetiva", en DE LA OLIVA SANTOS Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, 4ª ed., pp. 383-391.

Fernando FERNÁNDEZ MARTÍN (1996), "Cuestiones de competencias. Aspecto procesales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Monográfico sobre Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil, nº 13, pp. 203-253.

José GABALDÓN LÓPEZ (1996), "Jurisdicción y competencia: doctrina constitucional", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Monográfico sobre Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil, nº 13, pp. 13-48.

Manuel GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ (2006), "La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario (Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González), nº 16, pp. 47-64.

Vicente MAGRO SERVET (2005), "La competencia en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (competencia objetiva, territorial y funcional)", *Práctica de Tribunales*, nº 19, pp. 32-47.

-- (2005), "El juzgado competente para conocer de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral", *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 22, pp. 181-260.

Víctor MORENO CATENA (2000), *La ejecución forzosa*, Tecnos, Madrid.

-- (2004), "La competencia", en CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Valencia, pp. 47-54.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2000), "Jurisdicción y competencia de los tribunales", en DE LA OLIVA SANTOS, Díez-PICAZO JIMÉNEZ y VEGAS TORRES, *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, pp. 284-285.

Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (2004), "El derecho al juez predeterminado por la ley", en VVAA, *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, nº 22, pp. 245-275.

José Antonio SAINZ RUIZ (1996), "Competencia objetiva y territorial", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Monográfico sobre Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil, nº 13, pp. 161-201.