

El proceso ordinario del Código Procesal Civil de Honduras

*Conrado Gallardo Correa
Magistrado*

PRESENTACIÓN

El estudio y crítica de toda regulación procesal, más aún cuando es tan novedosa como la que vamos a examinar, requiere fijar previamente los puntos de referencia que nos van a servir para determinar, según las normas se aparten o acerquen a lo mismos, el grado de bondad y acierto de las mismas a la hora de regular el cauce procedimental. Particularmente se trata de determinar el objeto que persigue el proceso, el respeto de los principios esenciales a los que ha de ajustarse y las opciones concretas por las que se ha decantado el legislador.

a) La finalidad del proceso.- En la tercera acepción de la 22ª edición del diccionario de la lengua española de la Real Academia Española proceso es el conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial y proceder es a su vez en su séptima acepción continuar en la ejecución de algunas cosas que piden tracto sucesivo, siendo la acción de proceder el procedimiento. Aplicados estos conceptos al ámbito jurídico, podemos decir que el procedimiento no es otra cosa que el conjunto de actos o fases sucesivas que dan lugar y terminan en un pronunciamiento o decisión judicial, que es precisamente lo que se pretende conseguir. Por tanto con la regulación del proceso judicial no se pretende otra cosa que

establecer un cauce procedimental, una sucesión de actos que permita obtener del juez la solución a una determinada controversia, fijando el derecho aplicable. En mi opinión por tanto el proceso es un mero instrumento para resolver las controversias que en el seno de una sociedad se suscitan en torno a la aplicación del derecho sustantivo o material y desde este punto de vista es desde el que analizaré las normas procesales. Se trata de establecer el trámite a través del cual un sujeto que necesita auxilio judicial para hacer valer un derecho reconocido en la ley frente a otro, solicita el pronunciamiento del juez al respecto.

La primera exigencia de cualquier procedimiento es el seguimiento de un orden **lógico** con la finalidad perseguida. Es decir, por poner un ejemplo obvio, no tendría utilidad alguna ni cumpliría su finalidad un procedimiento que estableciera como primera fase o acto la decisión del Juez y solo después de ella las alegaciones de las partes dirigidas a informar al Juez del asunto sobre el que tiene que pronunciarse.

Junto con la lógica, es característica esencial exigible a cualquier procedimiento la **simplicidad** o economía de actos. El número de actos o fases debe ser el estrictamente necesario para conseguir la finalidad perseguida. Un procedimiento farragoso, lleno de actos inútiles y de trámites innecesarios cumple necesariamente mal el propósito para el que fue creado o sencillamente en casos extremos deja de cumplirlo, al hacer el laberinto procesal imposible o extraordinariamente difícil conseguir la resolución judicial u obtenerla en un tiempo razonable. Como señala SEIJAS QUINTANA¹ “con frecuencia se olvida que el proceso es un simple instrumento de tutela y de efectividad de los derechos que asisten a las partes, y nunca una trampa para quien acude a él en busca de dicha tutela”.

b) Los principios propios del proceso judicial.- Los anteriores principios son aplicables a cualquier procedimiento, pero en el dirigido a obtener una resolución judicial que ponga fin a una controversia, concurre además una nota esencial que es precisamente la existencia de partes enfrentadas. A esta específica situación es a la que entiendo debe aplicarse la expresión proceso judicial, entendiéndolo por tal el procedimiento o conjunto de actos o fases sucesivas necesarios para obtener una resolución judicial en el que existen dos partes enfrentadas. Por tanto en un proceso judicial debe haber **contradicción**, no siendo válido el proceso judicial en el que se llame o se permita la intervención de una sola de las dos partes enfrentadas. Esta contradicción, en un estado democrático de derecho conlleva otras exigencias, tales como que el proceso se ajuste a lo dispuesto en la ley en todo momento, **legalidad**, el que

¹José Antonio SEIJAS QUINTANA, “Proceso Ordinario”, en la obra colectiva “La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia”, Estudios de Derecho Judicial, 44, Madrid 2003, Consejo General del Poder Judicial, pág. 402.

las partes puedan exponer con la suficiente extensión y detenimiento sus pretensiones, **audiencia**, el que puedan defenderse frente a las pretensiones contrarias y estén debidamente asesoradas por profesionales adecuados, **defensa y asistencia**, o el que haya una absoluta **igualdad** entre las partes, de manera que ninguna se vea favorecida por privilegios o ventajas frente a la otra.

Frente a estos principios de inexcusable respeto, existen otros que, aún cuando merecen una consideración favorable e incluso suelen estar reconocidos en normas de rango constitucional, su implantación en el proceso judicial puede ser mayor o menor, es decir permiten que el legislador gradúe su aplicación en función del tipo de procedimiento que considere más adecuado y de las exigencias concretas que pueda plantear la realidad y además, en todo caso, admiten excepciones a su aplicación. En este caso estarían el **principio dispositivo**, el de la **doble instancia**, la **oralidad**, la **publicidad** e incluso la **concentración e inmediatez**. Así, es excepcional el procedimiento absolutamente oral, todos conservan en mayor o menor medida fases escritas. La publicidad es sin duda alguna una garantía del proceso, pero su configuración nunca es ilimitada, sino que admite por el contrario restricciones incluso severas y excepciones absolutas en función de los intereses del juicio y de las necesidades del procedimiento. La inmediatez o intervención directa del Juez en el procedimiento que ha de resolver y la concentración de los actos procesales también admiten más o menos excepciones. La extensión del principio dispositivo y de los que regulan el régimen de recursos dependerá de la configuración que se quiera dar al procedimiento. La **economía procesal**, que no debe confundirse con la simplicidad del procedimiento aunque esté relacionado con el mismo, es un principio que también es conveniente a la hora de diseñar un procedimiento, procurando que en el mismo puedan quedar resueltas el mayor número de cuestiones posibles, evitando en lo posible la necesidad de ulteriores procesos entre las mismas partes o sobre cuestiones relacionadas entre sí.

El estudio y la crítica de un proceso debe ajustarse a determinar cuales son los principios que lo inspiran y si estos son los adecuados para conseguir la finalidad perseguida, y, finalmente, en que medida los principios básicos y aquéllos otros por los que ha optado el legislador son respetados en el articulado.

PRIMERA PARTE

NORMAS COMUNES A TODOS LOS PROCESOS

I. REGLAS PARA DETERMINAR EL PROCESO

A. Criterios para la determinación del proceso adecuado

Los artículos 398 al 404 del nuevo Código Procesal Civil están dedicados al establecimiento de las reglas para determinar el procedimiento adecuado, simplificando enormemente la cuestión el que el Código reduzca los procesos declarativos a dos, un proceso ordinario para los asuntos de mayor entidad y un proceso abreviado para aquéllos que por su menor complejidad permiten una simplificación de las normas.

Los criterios con base a los que se opta por uno u otro son de dos clases. De un lado el cuantitativo. Este criterio se basa en la consideración de que el interés económico del asunto es un criterio fiable para determinar su complejidad y el procedimiento que ha de seguirse. Y si tal principio parece razonable en general, fácilmente puede comprenderse que en ocasiones existen procedimientos cuya cuantía es escasa o inexistente, a pesar de lo cual entran en juego intereses muy complejos y trascendentes que requieren los trámites más reposados del proceso ordinario. E igualmente por el contrario, para otras materias es adecuado el proceso abreviado cualquiera que sea su cuantía, puesto que la misma no incide en la sencillez de las cuestiones jurídicas que han de ser objeto de debate. Finalmente, dadas las mayores garantías que otorga, en caso de que conforme a las anteriores reglas no sea posible determinar la clase de juicio que corresponde a una determinada pretensión, a esta se le aplicará el proceso ordinario.

Resumiendo, la determinación de cuando procede el juicio ordinario se ajusta a las siguientes reglas:

1) Procede el juicio ordinario siempre que no exista ninguna norma que establezca para una determinada pretensión otro procedimiento.

2) En general, se decidirán por el procedimiento abreviado, y no por el ordinario, las demandas cuya cuantía no sea superior a cincuenta mil lempiras. Las que excedan de esa cuantía y aquéllos otros casos en que el interés económico sea imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo, se tramitarán por el proceso ordinario.

3) Cualquiera que sea su cuantía se decidirán por el proceso ordinario las siguientes materias:

- a). Tutela de derechos fundamentales y derechos honoríficos.
- b). Impugnación de acuerdos sociales.

- c). Competencia desleal.
- d). Propiedad industrial.
- e). Propiedad intelectual.
- f). Publicidad.
- g). Condiciones generales de contratación.

h). Arrendamientos urbanos o rurales de bienes inmuebles, salvo que se trate de la expiración del arrendamiento por las causas establecidas en la Ley de Inquilinato.

i). Retracto.

j). Declaración de la responsabilidad civil de jueces, magistrados y de miembros del Ministerio Público.

k). Las pretensiones colectivas.

4) Cualquiera que sea su cuantía, **no** se decidirán por el proceso ordinario y sí por el abreviado las siguientes materias:

a). Las demandas que pueden ocurrir entre comuneros conforme al código civil.

b). Pago por consignación

c). Derechos de servidumbre

d). Expiración del arrendamiento e impugnación de depósitos por las causas establecidas en la Ley de Inquilinato.

e). Pretensiones Posesorias.

f). Calificación registral.

g). Rectificación de hechos o informaciones inexactas y perjudiciales.

h). Arrendamientos financieros y ventas de bienes muebles a plazos

i). Propiedad horizontal.

j). Prescripción adquisitiva, deslinde y amojonamiento.

k) Pretensiones derivadas de accidentes de tránsito.

4) Finalmente, tampoco obviamente podrán verse por del proceso ordinario, ni por el abreviado, aquellas materias que tengan un procedimiento especial, como son las que son objeto de los procesos no dispositivos (incapacitación y prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, familia, alimentos).

5) Podrá utilizarse un proceso especial, que no excluye la posibilidad de utilizar en su lugar el proceso ordinario o abreviado, o de tener que acudir a ellos, en los supuestos en que se admite el proceso de monitoreo² y cuando proceda la tutela sumaria³.

1.- La cuantía como criterio general.- La cuantía no deja de ser por tanto un criterio muy relativo en orden a la determinación de la necesidad de un procedimiento más reposado y detenido, y consecuentemente más lento, o de uno más rápido, pero en los que las posibilidades de debate en profundidad se ven reducidas. No obstante, es imposible realizar un catálogo exhaustivo de las materias que deberían ir por uno u otro procedimiento y de los casos en que es mejor el ordinario o el abreviado, ni se ha propuesto ningún otro criterio razonable en tal sentido, ni parece razonable que tal cuestión quede a la facultad discrecional del juez. Por ello, con las excepciones a que se ha hecho referencia, para la generalidad de los asuntos no existe otra solución más aceptable que atender a este criterio como orientativo para la determinación del proceso, lo que por otra parte proporciona en buena parte de los casos un criterio aceptablemente concorde con la realidad de la complejidad de la controversia.

2.- Determinación de la cuantía.- El principal problema que plantea este sistema es el de la determinación de la cuantía de las pretensiones que se ejercen. La reglas al respecto las establece el artículo 401 y son las siguientes:

1. Si se reclama **una cantidad de dinero determinada**, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad, y si falta la determinación, aun en forma relativa, la demanda se considerará de cuantía indeterminada.

2. Cuando el objeto del proceso sea la **condena de dar bienes muebles o inmuebles**, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se

² ARTÍCULO 676. OBJETO. El proceso monitorio será el adecuado para la interposición de pretensiones cuyo fin sea únicamente el pago de una deuda de dinero, vencida y exigible, de cantidad determinada en Lempiras o en moneda extranjera admisible legalmente, hasta un límite de Doscientos Mil (L 200,000.00) lempiras.

³ ARTÍCULO 686. ÁMBITO.

1. Quien acredite interés legítimo y suficiente, puede acudir al juez en demanda de tutela sumaria y provisional en todos aquellos casos en los que las relaciones jurídicas de dos (2) o más personas deban ser provisionalmente reguladas en su alcance, extensión y modo de ser, mientras o hasta que se decida en forma definitiva el derecho que a cada uno corresponde, pudiendo ordenarse que una (1) o más personas hagan o dejen de hacer lo que no hacen o vienen haciendo, respectivamente.

2. Para pretender esta tutela será necesario que concurren razones de especial urgencia, o la necesidad de mantener la paz jurídica, o evitar la creación o consolidación de situaciones de hecho.

3. La solicitud de tutela sumaria no exige la presentación simultánea o sucesiva de una demanda en un proceso declarativo, siendo incompatible con la adopción de medidas cautelares.

estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase.

3. En los procesos sobre el **derecho a exigir prestaciones periódicas**, sean temporales o vitalicias, se calculará el valor por el importe de una anualidad multiplicado por (10) diez, salvo que el plazo de la prestación fuera inferior a un (1) año, en que se estará al importe total de la misma.

Creo que en este caso, la regla de la suma del total de la prestación debería haberse aplicado a todos los supuestos en que el valor de la prestación sea inferior a diez años. Además no deberían tenerse en cuenta las prestaciones sobre las que no exista controversia, sino las litigiosas y las futuras. No tiene sentido multiplicar por diez una anualidad para determinar la cuantía del litigio si se están reclamando solo dos anualidades, o la prestación tiene ese límite. La regla de la multiplicación por diez solo tiene sentido para las prestaciones que aún vayan a durar más de diez años o que sean indefinidas. No obstante ha de reconocerse la ventaja que otorga la sencillez de la regla aplicada en forma literal.

4. En los procesos que versen sobre la **existencia, validez o eficacia de un título obligacional**, su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazos. Este criterio de valoración será aplicable en aquellos procesos cuyo objeto sea la creación, modificación o extinción de un título obligacional o de un derecho de carácter personal, siempre que no sea aplicable otra regla de este artículo.

En el segundo supuesto que se prevé lo lógico es que verse sobre la deuda que se pretende generar con esa creación, modificación o extinción.

5. Cuando la demanda tenga por objeto una **prestación de hacer**, su cuantía consistirá en el costo de aquello cuya realización se inste, o en el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sin que en tal caso sean acumulables ambas cantidades, salvo si además de instarse el cumplimiento, se pretendiera también la indemnización. El cálculo de los daños y perjuicios habrá de ser tenido en cuenta cuando la prestación sea personalísima o consista en un no hacer, incluso si lo que se insta con carácter principal es el cumplimiento.

6. Cuando se reclamen varios **plazos vencidos de una misma obligación** se tomará en cuenta como cuantía la suma de los importes reclamados, salvo que se pida en la demanda declaración expresa sobre la validez o eficacia de la obligación, en que se estará al valor total de la misma. Si el importe de alguno de los plazos no fuera cierto, se excluirá éste del cómputo de la cuantía.

Ha conseguido el Código mediante la distribución de determinadas materias con independencia de la cuantía una simplificación notable de las reglas de determinación de la

cuantía, sobre todo en relación con las de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Lo que se pierde en precisión, se gana indudablemente en sencillez, que es un cambio en mi opinión muy ventajoso.

A pesar de ello la experiencia indica que estas reglas plantearan no pocos problemas en la practica, dada la complejidad de las situaciones reales, que deberán resolverse en cada caso concreto atendiendo siempre al criterio de aproximarse en la medida de lo posible al valor real de lo que es objeto de litigio y en caso de duda que no pueda resolverse con los datos y pruebas que están obligados a aportar las partes, con el criterio del carácter preferente del juicio ordinario, por así resultar de los preceptos que se han citado, que están basados en el hecho indiscutible de ser el que ofrece mayores garantías.

Determinación del valor en caso de acumulación de pretensiones.- Puede ocurrir efectivamente que el actor acumule en su demanda varias pretensiones, bien en forma principal, bien subsidiaria, bien accesorias. El Código regula en el artículo 402 en el que se establecen las siguientes reglas.

a) Acumulación principal.- En el caso de que se acumulen varias pretensiones, obviamente la cuantía de la demanda viene determinada por la suma del valor de todas ellas conforme a las reglas del artículo 401.

No se aplicará esta regla cuando se acumulen varias pretensiones reales referidas a un mismo bien inmueble, en cuyo caso se estará al valor del mismo. Esto parece lógico, Dado el interés económico del litigio viene dado por el valor del inmueble que es lo que está en juego, cuyo valor máximo no puede quedar excedido por el de las pretensiones que sobre el mismo se ejercitan.

b) Acumulación eventual.- Si las peticiones se formulan de modo eventual, alternativa o subsidiariamente, como en definitiva solo una de las que se piden se van a conceder, determina el Código que se determine la cuantía por aquella que tenga mayor valor, por lo que el actor en su demanda.

c) Acumulación accesorias.- En caso de peticiones accesorias, puesto que van a ser concedidas con la principal, la regla es la suma, pero excepcionalmente y en razón del carácter claramente anejo, se excluyen de esta acumulación las peticiones accesorias de frutos, intereses, rentas o daños y perjuicios. Es una decisión que nuevamente promueve la sencillez en esta materia, pero que puede plantear problemas en la practica cuando la petición accesorias excede en mucho a la cuantía de la principal, hecho este al que deberá prestar especial atención el juez para evitar fraudes procesales.

B. Control de la cuantía del proceso.

Las normas sobre la clase de proceso no quedan a la elección de las partes, sino que por el contrario el seguimiento del considerado adecuado por la ley es imperativo y afecta al orden público procesal. Para su control el artículo 403 obliga expresamente al actor a expresar en su escrito inicial la cuantía de la demanda, que podrá indicarse en forma relativa, si justifica que el interés económico al menos iguala la cuantía correspondiente al proceso ordinario, o que no rebasa la máxima del abreviado.

Una vez fijada la cuantía, como consecuencia del efecto de litispendencia que conlleva la presentación de la demanda, y que estudiaremos más adelante, la alteración del valor de los bienes no implicará la modificación de la cuantía, ni de la clase de proceso.

Con los datos que el actor tiene obligación de suministrar con su demanda, se controla la conformidad de la cuantía del procedimiento en relación con el interés económico de las pretensiones que se contienen en la demanda.

Tratándose de una cuestión de orden público, el juez tiene la obligación de realizar ese control, pero también al demandado se le otorga la posibilidad de discutir la cuantía del litigio a los efectos de la determinación del procedimiento.

1. Control de oficio.- Señala el artículo 403.1 que las normas sobre la clase de proceso tienen carácter imperativo y podrán ser apreciadas de oficio por el juez. Si considerarse que el proceso determinado por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, el juez dará al asunto la tramitación que corresponda. No dice el precepto cuando debe ejercerse ese control, pero dado los términos en que se pronuncia, es obvio que deberá hacerlo a la hora de admitir a trámite la demanda, puesto que una vez que lo haga habrá dictado una resolución que ya no podrá variar si no es mediante la interposición del correspondiente recurso.

2. Impugnación de la cuantía por el demandado.- En el caso de que el juez acepte la cuantía establecida por el actor y el proceso por este pedido, el artículo 404 otorga al demandado la posibilidad de impugnar el cauce procesal y alegar que corresponde otro, bien en razón de la cuantía, bien porque con independencia de la cuantía la ley asigna otro proceso declarativo o uno especial que no es el elegido por el actor y aceptado por el juez.

En el procedimiento ordinario, la impugnación habrá de llevarse a cabo en la contestación a la demanda y se resolverá en la audiencia preliminar. En el procedimiento abreviado en la audiencia, resolviendo el juez en el acto, oído el demandante y antes de entrar en el fondo del asunto.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de interponer la demanda, el actor puede tener la posibilidad de prepararla recabando auxilio judicial para obtener los datos precisos para su redacción o asegurar las pruebas en que la va a basar. Igualmente se exige el cumplimiento de interponer una reclamación administrativa previa cuando va a demandar a una administración. Es por el contrario facultativo, salvo en casos especiales o que así se haya pactado, intentar un acuerdo extrajudicial. Finalmente, presentada la demanda y conocido el juez que ha de llevarla, debe plantearse como cuestión previa cualquier motivo que impida al mismo conocer de ese asunto y por la que, en consecuencia, el asunto deba pasar a quien le corresponde legalmente sustituirlo. Estas son las cuestiones que podíamos denominar como preliminares al inicio del juicio propiamente dicho y que procedemos a examinar a continuación.

A. Diligencias preparatorias

1.- **Concepto y clases**. - Al contrario de lo que ocurre en el proceso penal, en el civil la preparación o investigación en orden a aportar los elementos precisos para construir la demanda queda exclusivamente en manos particulares, es responsabilidad exclusiva del interesado. En el proceso penal, a la vista de los intereses públicos en juego, particularmente el de que se persigan los delitos y no se someta a juicio a nadie sin un fundamento serio, la instrucción forma parte del proceso y se encomienda a órganos públicos.

Sin embargo, la tutela judicial efectiva exige que en ocasiones se auxilie a los particulares en la preparación de sus demandas, de forma que puedan obtener mediante la intervención del órgano judicial determinados conocimientos o elementos, sin los cuales no sería posible presentar la demanda y para cuya consecución es imprescindible esa ayuda. En estos casos, excepcionalmente, los tribunales intervienen en la preparación del litigio llevando a cabo las denominadas diligencias preparatorias.

a) **Concepto**. - Podíamos pues definir las diligencias preparatorias como aquéllas actuaciones judiciales previas a la interposición de la demanda que tienen como finalidad aportar al demandante elementos de conocimiento que le permiten preparar el juicio⁴. Se diferencian claramente de las medidas cautelares por la finalidad, ya que mientras que éstas

tratan de asegurar el resultado del proceso, las diligencias preparatorias persiguen la obtención de elementos imprescindibles para poder presentar la demanda.

b) **Clases.**- Establece el artículo 406 CPC que, sin perjuicio de las que específicamente puedan prever este Código o leyes especiales, las diligencias preparatorias podrán consistir en:

1. La determinación de la capacidad, representación o legitimación de las partes en el futuro proceso.

2. La exhibición, acceso para examen o aseguramiento de cosas sobre las que recaerá el procedimiento, que se encuentren en poder del futuro demandado o de terceros.

3. La exhibición por el poseedor de documentos en los que consten actos de última voluntad, o documentos, datos contables o cuentas societarias.

4. Que la persona que haya de ser demandada por reivindicación u otra pretensión que exija conocer el carácter en cuya virtud ocupa la cosa objeto del proceso a promover, exprese a qué título la tiene.

5. Que si el eventual demandado tuviere que ausentarse del país, constituya domicilio dentro de los cinco (5) días, con el apercibimiento que legalmente corresponda en cuanto a futuras notificaciones.

6. La citación a reconocimiento del documento privado por aquél a quien se le atribuya autoría o firma, bajo apercibimiento de tenérselo por reconocido.

Todas las diligencias expresadas tienen una clara finalidad de aportación de datos necesarios para configurar correctamente la demanda, salvo quizás los apartados 2 y 5, cuya naturaleza más discutible. El aseguramiento de cosas a que hace referencia el apartado 2 no puede entenderse referido al aseguramiento del objeto del litigio, lo que constituiría una medida cautelar, sino la de cosas que constituyen de algún modo pruebas sobre las que se va a basar la demanda, por ejemplo la el registro en video del sistema de seguridad de un establecimiento mercantil correspondiente al día en que ha ocurrido un accidente por el que piensa reclamar el solicitante. Es conocido que tales cintas se borran periódicamente, por lo que el actor, antes incluso de tener confeccionada la demanda puede solicitar que se adopten medidas para que eso no ocurra. En definitiva este apartado, por buscar un paralelismo que lo haga comprensible, tiene la misma finalidad que los preceptos que en el proceso penal van dirigidos a asegurar la conservación de las piezas de convicción.

⁴ José María FERNANDEZ SEIJO, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Procesos declarativos*. Manuales de Formación Continuada, 6/2000, CGPJ, Madrid, 2000.

Siguiendo con ese paralelismo, el apartado 5 parece equivalente a las medidas que se adoptan en el proceso penal para evitar que el sospechoso pueda darse a la fuga. Evidentemente, el proceso civil no puede ni necesita llegar tan lejos, pues como veremos más adelante la ausencia del demandado no impide que el actor pueda obtener una sentencia condenatoria. No obstante, la dificultad en su localización sí puede provocar una dilación del proceso y, sobre todo, puede acarrear cierta inseguridad jurídica ante la amenaza de que la sentencia que se dicte pueda ser rescindida por medio de la institución de la audiencia al rebelde. Por ello este apartado permite en el caso de que la demanda aún no esté preparada y se tenga conocimiento de que el demandado puede ausentarse del país que señale un domicilio para notificaciones.

Lo que no está claro es cuales son las consecuencias que para el requerido puede tener el que no haga tal designación., puesto que la falta de respuesta o de designación de domicilio en principio no excluye expresamente la averiguación del domicilio y la comunicación por edictos que establece el artículo 141 CPC. No obstante creo que, de mediar esta diligencia preparatoria, y no facilitar un domicilio el demandado, debe entenderse aunque la ley no lo diga expresamente que la averiguación de domicilio quedaría excusada y podría procederse directamente a la citación por edictos. En todo caso si parece claro que en el demandado concurrirá causa que le es imputable en orden a la falta de conocimiento del proceso, con las consecuencias que ello puede tener para desestimar la ausencia de motivos para acudir a la audiencia al rebelde.

La principal controversia que se ha planteado en la doctrina española en si la lista que establece la ley es tasada o por el contrario caben diligencias preparatorias distintas de las expresamente contempladas en la ley. A esta discusión contribuye la ambigua expresión que utiliza el artículo 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000: “Todo juicio podrá prepararse”. Mientras que la respuesta de la jurisprudencia es claramente negativa, un sector de la doctrina se inclina por una interpretación flexible del precepto que permita incluir otros supuestos, siquiera sea por analogía, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Código es más tajante que la ley española y parece que ha querido dejar zanjada la cuestión en el sentido de que se trata de un *numerus clausus* de diligencias preparatorias, influido quizá por la idea de que tratándose de intereses particulares, la ayuda de los órganos estatales debe quedar reducida al mínimo indispensable. Así de su redacción no parece que pueda deducirse otra cosa que el que las diligencias preparatorias son las generales expresamente contempladas en el artículo 406, y las que puedan contemplarse en otros apartados

del propio Código, como por ejemplo las que regula el artículo 573 para las pretensiones colectivas, o leyes especiales.

Otra cuestión que se ha discutido en la doctrina española es si el tribunal del proceso posterior tiene libertad para tener o no por ciertos las declaraciones y documentos no contradichos en el acto previo, aunque existe un cierto consenso en admitir esa libertad, salvo la sanción por negativa del requerido, puesto que en esta caso expresamente impone el artículo 261.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 la obligación de tenerlos por admitidos en el procedimiento posterior.

Sin perjuicio de los efectos a que puede dar lugar la negativa del requerido, lo que veremos más adelante, no existe en el Código ninguna norma que otorgue valor probatorio vinculante para el juez que posteriormente de la demanda, del resultado de las diligencias preparatorias. Es decir, lo que se obtenga se podrá aportar posteriormente al juicio y allí se valorará por el juez que conozca del mismo. Sin embargo todos aquéllos actos de quien después resulte ser parte demandada que impliquen un reconocimiento expreso o tácito de alguna cuestión, es indudable que tendrán peso en el procedimiento posterior, siquiera sea por la aplicación, basada en principios generales del derecho, de que nadie puede ir contra sus propios actos, ni consecuentemente negar en juicio lo que fuera de él ha afirmado. Pero con estas salvedades, lo cierto es que el objeto de las diligencias preparatorias no es preconstituir prueba, sino obtener elementos que permitan la preparación de la demanda y la aportación de prueba al posterior juicio.

2.- Competencia y procedimiento

a) **Competencia.**- Dado que en el momento en que se piden las diligencias preparatorias lo normal es que sea, como mínimo, incierto quien va a ser el juez competente para conocer de la demanda que en su día se pueda plantear, el Código opta por establecer una regla especial de competencia en el artículo 407, conforme al cual la solicitud debe dirigirse al tribunal del domicilio de la persona que deba declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones.

Si esta circunstancia no se puede determinar *a priori* entonces la competencia corresponde al juez del domicilio del solicitante.

A la vista de la sencillez de la regla y de lo limitado del objeto de las diligencias esta competencia se examina de oficio por el juez y contra su decisión no cabe impugnación alguna.

b) Procedimiento.- Viene regulado en los artículos 408, 409 y 410, y puede dividirse en los siguientes apartados:

a) SOLICITUD.- Deberá hacerse por escrito, expresando:

- la legitimación del solicitante
- la parte contra quien se promoverá la futura demanda
- la finalidad concreta de la medida
- los fundamentos que la apoyen
- las medidas que se interesen del tribunal
- las personas que en ellas deban intervenir
- ofrecimiento de caución para responder de perjuicios.

Naturalmente estos datos deberán aportarse en la medida que pueda conocerlos el solicitante puesto que precisamente las diligencias que se piden pueden ir dirigidas a determinarlos.

Se establece una legitimación especial para el caso de que lo que se solicite se la exhibición de documentos previstos en el número 3 del artículo 406, puesto que esta diligencia solo puede pedirla quien se considere sucesor, o por quien acredite ser socio o comunero. En el primer caso se requiere la existencia al menos del algún indicio que fundamente la creencia racional. En los otros dos será precisa la aportación de alguna prueba documental que acredite la condición de socio o comunero.

La presentación de la solicitud requiere la intervención de profesional del derecho, dado que no existe cuantía y las mismas no pueden considerarse adopción de medidas urgentes de protección de sus derechos e intereses legítimos previamente a la interposición de la demanda, que son las que excluye el artículo 80 CPC.

b) RESOLUCIÓN.- El juez debe resolver mediante auto en el plazo de tres días. Si admite la solicitud fijará la caución, ordenará la práctica de las diligencias y la notificación de la solicitud y el auto a los interesados. La practica de las diligencias queda supeditada a que se haga efectiva la caución en alguna de las formas previstas en el Código. Entiendo que tal referencia habrá de entenderse al artículo 387, en sede de medidas cautelares, que permite la caución en dinero en efectivo, cheque certificado, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones financieras.

El auto que admite la solicitud es irrecurrible, lo que es lógico ya que favorece al solicitante, por lo que ningún interés puede tener en recurrirlo, y en cuanto a los afectados ya se les concede la posibilidad de oponerse. El auto denegatorio por el contrario sí es apelable.

Obviamente no es preciso que la denegación sea total, basta con que no se acoja alguna de las pretensiones del solicitante.

c´) OPOSICIÓN.- El requerido tiene tres días para oponerse desde que se le notifica el auto, lo que deberá hacer mediante escrito fundamentado. La oposición por las mismas razones que la solicitud requiere intervención de profesional del derecho. Recibido el escrito se convoca a una comparecencia dentro de los cinco días siguientes con arreglo a las normas del procedimiento abreviado. Llama la atención que existiendo una normativa específica sobre la celebración de audiencias en el artículo 174 CPC, se acuda a la del procedimiento abreviado que además no es adecuada por la razón de que la misma parte de la inexistencia de contestación a la demanda, que aquí sí se da.

El juez debe resolver mediante auto de forma inmediata, ya que no se establece plazo alguno. El auto que estima la oposición es apelable, no así el que la desestima.

Si se estima la oposición, la ley no prevé un pronunciamiento sobre costas, sin perjuicio de que los gastos puedan cubrirse conforme a la caución, según veremos más adelante. Por el contrario, si se desestima sí se imponen las costas al que con su oposición haya generado el incidente.

Hubiera sido más correcto que las costas del incidente, en caso de estimarse la oposición, se hubieran impuesto como tales al solicitante, sin perjuicio de usar la caución para cubrir las mismas. El no hacerlo así deja la duda de si es posible una tasación de costas en este caso, con las consecuencias de todo tipo a que daría lugar la falta de las mismas. En mi opinión la interpretación lógica de este precepto en conjunción con el artículo 413, y con el principio general del vencimiento que en esta materia impera en el Código, debe dar lugar a la expresa condena en costas del solicitante y a que se deban tasar las mismas en caso de no pagarlas voluntariamente, sin perjuicio de poder aplicar la caución a esta finalidad.

d´) APLICACIÓN DE LA CAUCIÓN Y COSTAS.- En materia de costas el artículo 413.1 establece que salvo lo expresamente previsto en el incidente de oposición, los gastos ocasionados a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias preparatorias serán de cargo del solicitante. Ya hemos examinado los criterios de costas en el incidente de oposición y nuestra posición al respecto.

La caución que vimos que de forma obligatoria ha de ofrecer el solicitante y fijar el juez tiene como finalidad esencial garantizar la seriedad de la solicitud, disuadir del uso fraudulento de las diligencias preparatorias y resarcir de los gastos, daños y perjuicios en que hayan podido incurrir las personas cuya intervención se solicita.

A esa finalidad de garantizar la seriedad responde la regla de que, concedidas las diligencias, sin en el plazo de un mes no se presenta la demanda, la caución se entregará íntegra a las personas que hayan debido intervenir. En el caso de que parte de la caución ya haya sido aplicada a gastos de esas personas debidamente justificados, el remanente no se devolverá hasta que no se haya presentado la demanda o transcurrido ese mes.

Con independencia de ello, practicadas las diligencias, o denegadas, las partes que han intervenido o que estaban llamadas a hacerlo deberán presentar una petición de indemnización debidamente justificada, para la que la ley no establece plazo por lo que deberá hacerse sin dilación conforme al artículo 123 CPC, de la que dará traslado para ser oído al solicitante, nuevamente sin fijar plazo para ello por lo que el mismo queda al discreción del tribunal y en todo caso deberá ser breve; tras lo cual resolverá en el plazo de tres días sobre la aplicación de la caución al pago de la indemnización.

Ya hemos expresado nuestra opinión de que de tan sumario y expeditivo procedimiento de la fijación de la indemnización deben quedar excluidas las costas del incidente de oposición cuando se imponen al solicitante, las cuales se determinarán por el procedimiento establecido para la tasación de costas, y ello a pesar de que la dicción literal del precepto parece indicar lo contrario.

Si la caución no es suficiente para cubrir esos gastos, daños y perjuicios, entiendo, conforme a la opinión emitida, que si son costas se podrá reclamar lo no cubierto por la caución por la vía de apremio. Parece discutible que los demás gastos puedan reclamarse mediante una demanda de ejecución, ya que el auto solo resuelve en orden a la aplicación de la caución, y no propiamente a la fijación definitiva de los perjuicios. Por tanto, con respecto a los restantes gastos bien habrá que acudir al procedimiento declarativo que corresponda para reclamarlos.

3.- Negativa del requerido.- Finalmente regula el Código el supuesto de que el requerido no acepte colaborar voluntariamente para la práctica de la diligencia preliminar. En estos casos el artículo 411 establece dos clases de medidas, unas dirigidas a sancionar procesalmente la conducta, las contenidas en los ordinales a) y b) del apartado 1 y en el apartado 2, otras, las del apartado c), a conseguir la efectividad por la fuerza, y finalmente una tercera clase contemplada en el artículo 412.2 que establece una sanción pecuniaria.

Todas estas medidas deberán adoptarse mediante auto, siendo solo recurribles en apelación las que acuerden la entrada y registro o el acceso judicial a bases de datos, lo que es lógico al afectar estas medidas a derechos fundamentales de la persona.

a) SANCIONES PROCESALES.- Consisten en tener por ciertos los hechos a que se refieren las preguntas que el solicitante pretendiere formularle en orden a la capacidad, representación o legitimación del requerido, teniendo asimismo por aceptados los hechos que de ella se deriven, y ello tanto si rehusara el requerimiento, como si atendido formalmente el mismo, respondiese con evasivas o no respondiese. También se tendrán por ciertas las afirmaciones del solicitante cuando se trate de cuentas o datos relativos a sociedades o comunidades. Ello requiere desde luego que el solicitante formule con claridad y precisión los hechos que pretende acreditar con la diligencia en cuestión, expresando las concretas preguntas que desea hacer, lo que debe llevarse a cabo en el escrito de solicitud o, en todo caso, una vez admitida la diligencia antes de que se requiera a la persona que ha de intervenir. El formular esas preguntas después de conocer que no va a colaborar podría dar lugar a fraude procesal.

La discusión de la doctrina española sobre si esto es o no vinculante para el proceso posterior y en qué medida, queda acertadamente resuelta en el Código. Es vinculante, pero admite prueba en contrario. Es decir, que el efecto es provocar una inversión de las reglas generales sobre la carga de la prueba en beneficio del solicitante.

b) MEDIDAS DE FUERZA.- Si de lo que se trata es de obtener documentos u objetos que se precisan para redactar la demanda o apoyarla, evidentemente la solución anterior no es adecuada, por lo que en este caso el Código permite al juez ordenar el secuestro de la cosa, los títulos, libros o documentos cuya exhibición ha sido solicitada, lo que podrá comprender la entrada y registro en el lugar cerrado en el que presumiblemente se encuentre o el acceso a bases de datos personales o de personas jurídicas. La ejecución de esta medida requiere evidentemente la intervención del juez o de sus delegados y desde luego su documentación por parte del secretario judicial.

Los títulos y documentos serán puestos a disposición del solicitante en la sede del tribunal. En cuanto a las cosas el solicitante podrá optar por pedir su depósito, conservación o examen, adoptando las medidas necesarias para garantizar la integridad de la cosa o la conservación de cantidad o muestras suficientes para posteriores exámenes.

c) MULTA.- El juez podrá imponer al requerido que desatendió la solicitud una multa de uno a tres salarios mínimos, sin perjuicios de otras responsabilidades en que haya podido incurrir conforme a las leyes vigentes, lo que debe entenderse como una referencia a la comisión de un posible delito de desobediencia a la autoridad judicial u obstrucción a la justicia.

B. Reclamación administrativa previa

1.- Procedencia.- Exige el artículo 414 CPC que con la demanda que se dirija contra una Administración pública por cuestiones de derecho privado deberá acompañarse la certificación de haberse denegado la petición objeto del proceso en la vía administrativa previa, tras seguirse el procedimiento adecuado conforme a las leyes administrativas.

Este requisito ha sido considerado por cierto sector de la doctrina como un privilegio actualmente carente de sentido, cuando la exigencia de previa conciliación ya ha desaparecido para las personas privadas. Ahora bien, entiendo por el contrario que puesto que los gastos que para ella implique un proceso se costean con dinero público en perjuicio de todos los ciudadanos, que son los que lo aportan, puede existir un interés de que en estos casos se dé a la Administración, antes de demandarla, la posibilidad de reconocer el derecho de la otra parte y de darle satisfacción sin tener que arrostrar los gastos del procedimiento. No puede equipararse la conciliación privada a este supuesto, ya que el pleito puede ir precedido, y de hecho suele, ir precedido de conversaciones privadas para intentar llegar a un acuerdo que se han demostrado infructuosas, por lo que resultaba inútil dar forma oficial a ese fracaso mediante el acto de conciliación. No ocurre lo mismo con la Administración, cuya voluntad solo se puede poner de manifiesto mediante las reclamaciones que se le hagan por medio del procedimiento administrativo, por lo que es razonable exigir el agotamiento de este intento de acuerdo antes de llevarla a la jurisdicción.

2.- Efectos.- El incumplimiento de este requisito no determina la inadmisión a trámite de la demanda puesto que el Código lo considera subsanable mientras no haya prescrito o caducado el derecho. Ahora bien, en cuanto tal incumplimiento sea apreciado, ello dará lugar a la suspensión del procedimiento hasta que recaiga resolución denegatoria en vía administrativa. Desaparece por tanto en el Código el problema que afronta la doctrina y jurisprudencia españolas en torno a si la subsanación es posible, y si, de serlo si permitía rectificar sólo la falta de subsanación o, por el contrario, el cumplimiento del requisito. Esto último es generalmente negado, al no contemplarse en la legislación española expresamente la posibilidad de suspensión del proceso para llevarlo a cabo.

Por lo demás el incumplimiento podrá ser apreciado de oficio, exhortando el precepto a los jueces para que vigilen la concurrencia de este requisito, o bien a instancia de parte, pudiendo alegarlo la parte demandada en la contestación a la demanda en el juicio ordinario, donde desde luego también se podrá hacer valer en la audiencia preliminar, o al principio de la audiencia en el juicio abreviado.

Evidentemente, si el defecto se advierte cuando no se ha personado la Administración demandada, la solución no ofrece duda alguna. Pero en el caso de que la alegue en la contestación a la demanda y que en la misma deniegue ya la pretensión del actor, la utilidad de obligar a la parte a acudir a una reclamación administrativa es más que dudosa. La jurisprudencia española en relación con la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 había llegado a tener por subsanado la falta de reclamación previa por el mero hecho de la oposición a la pretensión en la contestación a la demanda, dado que con esa oposición se revelaba la inutilidad de la posible reclamación, al haber dejado ya constancia la Administración de su discrepancia, lo que en la práctica conllevaba una derogación *de facto* del requisito, no carente de sentido común y por ello habría que considerar seriamente el interpretar de esta forma flexible cuando es la demandada la que pone de relieve el requisito y al mismo tiempo manifiesta su intención de oponerse a la demanda.

C. Mediación y conciliación.

El artículo 415 CPC en materia de mediación y conciliación se limita permitir que de forma voluntaria se inste la conciliación del modo previsto en la ley reguladora de la misma o bien acudir a un organismo de mediación para evitar el proceso, también de acuerdo con la Ley.

En algunos casos, como veremos más adelante al profundizar en el proceso ordinario, estos mecanismos de mediación y conciliación que tienden a la evitación del proceso devienen obligatorios por disposición expresa de la ley o por voluntad de las partes, en cuyo caso impiden la presentación de la demanda, en unos casos de forma definitiva, en otros mientras no se acredite haberse intentado sin resultado.

D. Abstención y recusación

1.- **Concepto.**- La atribución de un asunto al juez predeterminado por la ley forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que garantiza al ciudadano que no se va a designar para conocer su caso a un juez *ad hoc* en función de que tenga ya una determinada postura en orden al asunto debatido que convenga a la otra parte, lo que tiene especial relevancia cuando la otra parte es el Estado, pero es de aplicación a toda clase de litigios.

Ahora bien, este principio esencial tiene la excepción de que ese juez que legalmente debe conocer del asunto tenga una determinada relación con las partes o con el objeto del litigio que haga dudar de su imparcialidad. No se trata de que el juez sea realmente parcial, sino de que concurra un dato objetivo que permita a las partes dudar razonablemente de su imparcialidad. Puesto que ello implica una excepción al principio fundamental de que un asunto debe ser conocido por el juez previamente determinado en la ley, esta establece una regulación restrictiva de los casos en que por concurrir esas causas objetivas que hagan dudar de la imparcialidad pueda ser removido ese juez, fijando de un lado un *numerus clausus* de causas que se pueden alegar y unas condiciones muy restrictivas para hacerlas valer, y ello para evitar abusos procesales dirigidos a alterar el órgano que debe conocer del asunto por conveniencia de una de las partes. Aunque el fundamento de todas estas causas en virtud de las cuales el juez no puede conocer el asunto son su capacidad para crear dudas sobre su imparcialidad, tal circunstancia no necesita ser acreditada, de forma que de concurrir alguna de ellas el juez deberá apartarse y de no existir no cabe cuestionar dicha imparcialidad.

Estas causas deben ser puestas de manifiesto por el juez desde el momento en que las conozca y proceder de oficio a abstenerse de conocer del asunto. Pero también las partes pueden hacerlas valer para conseguir apartar al juez de cuya imparcialidad dudan.

La abstención es pues la obligación del juez de abandonar un determinado litigio que le ha correspondido desde que conozca la existencia de una relación con el objeto del litigio o con respecto a alguna de las partes prevista en la ley.

La recusación será el derecho de las partes de pedir que el juez se aparte del conocimiento del asunto por tener este una relación con el objeto del litigio o con alguna de las partes que la ley expresamente contempla a tal efecto.

La abstención y recusación están reguladas con carácter general en los artículos 52 a 58 CPC, señalando el primero de esos preceptos que “Los jueces y magistrados y los auxiliares de los juzgados y tribunales están obligados a intervenir en todos los procedimientos que se tramiten ante ellos. Sin embargo, deberán abstenerse sin esperar a que se les recuse si concurre en ellos alguna de las causas de recusación determinadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

2.- Abstención

a) **Legitimación y tiempo.**- Únicamente está facultado para abstenerse el juez a quien corresponde el conocimiento de un asunto y aprecia la concurrencia de una causa prevista en la ley para ello.

La abstención debe llevarla a cabo en el mismo momento en que tenga conocimiento del hecho que la motiva, lo que comunicará al juez que legalmente debe sustituirle y a la Corte Suprema de Justicia, teniendo como efecto inmediato la suspensión del procedimiento.

b) **Competencia y procedimiento.**- Para resolver el incidente es competente la Corte Suprema de Justicia, que, recibida la comunicación, sin ninguna otra actuación responderá aprobándola o estimándola no justificada. En el primer caso, continuará con el procedimiento el juez que legalmente deba sustituir. En el segundo, el propio juez que se ha abstenido, sin perjuicio de que las partes puedan promover la recusación.

3.- **Recusación**

a) **Legitimación y tiempo.**- Está legitimada para plantear la recusación la parte interesada, es decir, aquella a quien pueda afectar la posible parcialidad del juez que resulta de la concurrencia de una causa de recusación.

Si la causa de recusación fuera conocida desde el primer momento, deberá necesariamente plantearla en la primera actuación que realice en el proceso. De conocerla con posterioridad deberá plantearla en el plazo de tres días desde que hubiera tenido lugar el conocimiento, sin que en ningún caso pueda plantearse después de la conclusión del proceso.

No cabe la recusación del juez que conoce de una recusación, ni del que interviene en virtud de actos de auxilio judicial, salvo por motivos muy restringidos que se reducen a haber intervenido en el juicio o tener parentesco con cualquiera de las partes.

Planteado el incidente en tiempo, puede ocurrir que el juez acepte la causa de recusación, en cuyo caso pasará sin más se abstendrá de intervenir en el asunto y pasará el expediente a quien deba sustituirle. No se exige en este caso la aprobación de un órgano superior al estar basada la abstención no en la propia iniciativa del juez, sino en una petición de parte. No parece sin embargo muy sensato que sin más criterio que la petición de una parte y la decisión del juez pueda tener lugar la sustitución del mismo. Lo razonable, dado el interés público que concurre en esta cuestión, es que la existencia de una real causa de recusación hubiese sido controlada por un órgano superior imparcial.

Si el juez rechaza la recusación, cesará inmediatamente de intervenir en el procedimiento en el que será sustituido por quien legalmente corresponda, sin que en ningún caso se suspenda el curso del mismo.

b) **Competencia y procedimiento.**- De acuerdo con el artículo 56 CPC son competentes para conocer de la recusación:

1. Cuando el recusado fuere magistrado, el tribunal a que pertenezca.
2. Cuando fuere un juez, el que conozca de la pieza de recusación.
3. Cuando fuere un auxiliar, el juez o tribunal al que pertenezca.
4. Cuando la recusación se refiere a un juez delegado, conocerá de ella el delegante, quien la resolverá sin más trámite.
5. En cualquier otro caso se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una vez presentado el escrito de recusación ante el órgano competente, que deberá expresar clara y concretamente la causa legal y los motivos en que se funde, y rechazada la misma por el recusado una vez que se la ha dado copia de dicho escrito, el tribunal que conociere de la recusación deberá tomar una primera decisión sobre si la recusación es o no manifiestamente infundada. Si la considera manifiestamente infundada la rechazará de plano.

Si no la considera manifiestamente infundada, dará traslado a las demás partes personadas para que en el plazo común de tres días manifiesten si se oponen o se adhieren, debiendo además poner de manifiesto en ese momento cualquier otra causa de recusación de la que tengan conocimiento. En lo sucesivo, para proponer otra causa de recusación deberán acreditar fehacientemente no haberla conocido con anterioridad.

La tramitación continuará por el procedimiento incidental general y terminará por auto irrecurrible. Si este auto deniega la recusación impondrá las costas al recusante, devolviendo al recusado el conocimiento del asunto en el estado en que se halle.

Si la recusación fuera estimada, se apartará definitivamente al recusado, continuando con el conocimiento del asunto su sustituto legal.

4.- Recusación de fiscales.- Dado que el Fiscal interviene en determinados procedimientos civiles en defensa del interés público, es preciso en estos casos exigirle la misma imparcialidad y objetividad que a los jueces, es decir la ausencia de relaciones con el objeto del litigio o de las partes que pudieran dar lugar a conflictos entre sus propios intereses y el interés general.

No se les permite sin embargo abstenerse, sino que deberán ser recusados, siendo competente para el conocimiento del asunto el juez o tribunal que conozca del asunto en el que se plantea.

Las causas y el procedimiento serán idénticos al caso de los jueces. El Fiscal deberá abstenerse de intervenir mientras no sea resuelta la recusación, haciéndolo cuando sea preciso el Fiscal subrogante. Si la recusación se desestima la causa volverá al Fiscal originario.

III.- INCIDENTES

A. Concepto.- Un incidente es una cuestión, procesal o sustantiva, que surge en el curso de un litigio, distinta de lo que es objeto principal del mismo, pero relacionada con él, y que debe ser resuelta mediante un pronunciamiento especial y separado del principal, del que es necesario antecedente. En el curso de un proceso pueden plantearse muy diversas situaciones y cambios de circunstancias que planteen cuestiones que el juez deba resolver para poder entrar en lo que es propiamente objeto del litigio y es preciso establecer un cauce procedimental para su resolución.

El principio general viene recogido en el artículo 416.1, conforme al cual “Toda cuestión incidental, ya sea de carácter procesal o material, que siendo distinta del objeto principal del pleito tuviere relación inmediata con él, se tramitará en pieza separada en la forma prevista por las disposiciones de este capítulo, salvo que tengan señalada por ley otro trámite distinto”. Por tanto, el procedimiento incidental es claramente residual, dado que sólo se aplica a aquéllos incidentes que no tengan ya una tramitación especial. En el propio Código tienen tramitación específica la declinatoria, la acumulación de procesos, la nulidad y la recusación. Este carácter residual se acentúa aún más si cabe en tanto en cuanto que el apartado 2 del citado precepto, ya que excluye la tramitación del capítulo III del Título I del Libro IV para las cuestiones incidentales que se susciten en las audiencias orales. En estos casos el incidente se sustanciará y resolverá directamente en la misma.

Finalmente se prohíbe el incidente del incidente. De acuerdo con el artículo 422 las cuestiones accesorias que surgieren en el curso de la tramitación de la cuestión incidental y que pudieran constituir otra autónoma, se decidirán en la misma resolución.

B. Clases.- El Código distingue entre los incidentes suspensivos y los no suspensivos:

a) Suspensivos.- Tendrán esta condición:

- Aquéllos en los que esté expresamente previsto en la ley.

- Cuando se trate de un impedimento procesal aparecido después de la audiencia preliminar o de la audiencia del proceso abreviado. Si aparece antes, lógicamente deberá ser tramitado y resuelto en el curso de las mismas.

- Cualquier otra incidencia cuya resolución sea imprescindible por implicar la decisión de continuar el proceso o poner fin al mismo.

b) No suspensivos.- Todos los demás incidentes no suspenderán el proceso, sin perjuicio de que si su resolución es antecedente necesario de la decisión sobre el objeto principal del pleito sea objeto de un pronunciamiento separado en la sentencia definitiva.

C. Procedimiento.-

a) Inicio.- La cuestión incidental se promoverá por escrito, mediante escrito fundado, en el que se expondrán de forma clara las bases fácticas y jurídicas, acompañando los documentos oportunos y proponiendo la prueba. Todas las cuestiones incidentales que por su naturaleza pudieren paralizar el proceso, cuyas causas existieren simultáneamente y fuesen conocidas por quien las promueve, deberán ser articuladas en un mismo escrito, si es posible su tramitación conjunta. De no hacerse así se inadmitirán las que traten de plantearse con posterioridad.

Presentado el escrito el juez estudiará su admisibilidad, rechazándola sin más trámite si el incidente fuera manifiestamente improcedente, no se ajuste a los casos prevenidos en el Código o se presente después de abierta la audiencia probatoria o una vez admitida la prueba en la audiencia del proceso abreviado. Ya hemos dicho que las que se planteen en esos momentos deben serlo oralmente y serán sustanciadas y resueltas oralmente.

b) Sustanciación.- Si se admite a trámite se da traslado por tres días a las demás partes personadas para que aleguen lo que estimen conveniente en el plazo de otros tres días desde la recepción de la notificación. A este escrito se acompañarán también los documentos oportunos y la proposición de prueba.

El juez señalará una audiencia que se celebrará en el plazo de los cinco días siguientes a la citación conforme a las reglas del proceso abreviado. Nuevamente en lugar de acudir a la regulación general que de las audiencias establece el artículo 174, se acude a la menos adecuada, en tanto que parte de la ausencia de contestación por escrito, del procedimiento abreviado. La misma sólo podrá suspenderse una vez por un plazo no mayor de cinco días si no fuere posible practicar la prueba que debe recibirse en ella.

Como especialidad puede citarse que la prueba pericial debe ser siempre de oficio.

El Código busca dotar de la mayor celeridad posible a estos incidentes para que no se conviertan en una rémora para el proceso dando lugar a dilaciones indebidas, pero en la práctica va a ser difícil respetar esos plazos y conseguir efectuar todas las citaciones necesarias en el caso de que se propongan testigos. Más difícil será aún nombrar un perito de oficio y conseguir que esté en disposición de emitir el dictamen en esos breves plazos.

c) Resolución.- La resolución de dictará de forma inmediata una vez practicada la prueba y terminada la audiencia cuando la cuestión incidental no suspenda el curso del proceso principal, no pudiendo ser recurrida sino mediante la apelación diferida.

En el caso de que el incidente haya ocasionado la suspensión del curso del proceso principal se resolverá mediante auto que habrá de dictarse en el plazo de cinco días. Si pone fin al proceso, será recurrible en apelación, en caso contrario solo podrá recurrirse mediante la apelación de la sentencia definitiva que ponga fin al proceso principal.

SEGUNDA PARTE

EL JUICIO ORDINARIO

A.- GENERALIDADES

Se suele señalar como principal característica y novedad del nuevo proceso ordinario civil la oralidad, sin embargo tal apreciación en mi opinión es inexacta aunque el propio legislador parezca entenderlo así⁵. De un lado el nuevo proceso no es exclusivamente oral. Indudablemente se ha incrementado notablemente la oralidad en la preparación del juicio y

⁵ En el artículo 15 CPC dice literalmente que el proceso es “predominantemente oral” y exige la oralidad para los actos de alegación, la práctica de las pruebas y la sustanciación del proceso en general, obligando a los actos escritos a “facilitar la aplicación del principio de oralidad”. Pero ello no se refleja con total fidelidad en la regulación procesal, dado que, en lo que afecta al proceso ordinario, la fase de alegaciones es escrita, no permitiéndose en la audiencia preliminar más que alegaciones complementarias e inclusión de hechos nuevos en los casos en los que lo permite la ley, y es en esta fase donde se cumple la fundamental tarea de delimitar el objeto del proceso, de manera que el paso a la fase oral es eventual (por ejemplo, no tendría lugar en caso de allanamiento del demandado al contestar). Por otra parte la sustanciación o decisión del proceso también es escrita con pocas excepciones. La oralidad supone una novedad necesaria, trascendental y relevante, pero en el proceso ordinario se limita a la subsanación de defectos y a la práctica de pruebas, por lo que se trata más bien de un procedimiento mixto.

en la práctica de la prueba, pero la fase de alegaciones sigue siendo básicamente escrita, al igual que la fase de resolución. A mi juicio, el principal rasgo del nuevo procedimiento es la preocupación del legislador por incrementar la eficacia del proceso, por convertirlo en un instrumento verdaderamente útil para conseguir en un tiempo razonable una decisión judicial sobre la controversia existente entre las partes⁶. Uno de los instrumentos para conseguirlo es indudablemente la oralidad. El agrupar los actos procesales y la prueba en vistas orales donde dota indudablemente de agilidad al proceso y permite acortar tiempos, además de la ventaja que la inmediación y concentración de la prueba proporcionan al Juez para llegar a un mejor y más rápido conocimiento del asunto que se somete a su decisión. Pero también destacan en el nuevo Código la simplificación de trámites y procedimientos, eliminando los que resultan patentemente inútiles o no se encuentran justificados en el mundo moderno y reduciendo el número de procedimientos especiales; igualmente cumplen esta finalidad de eficacia los medios para evitar que los defectos procesales subsanables se conviertan en un obstáculo insalvable para obtener una resolución sobre el fondo del asunto, bien por falta de medios para subsanarlos, bien porque su detección tenga lugar en la fase de resolución cuando ya no puede tener lugar esa subsanación; en cuanto a los insubsanables se procura que puedan ser conocidos y valorados en un momento temprano, de modo que se ponga fin al proceso lo antes posible y se evite una larga tramitación que no conduce a ningún sitio. Esta misma búsqueda de la eficacia, inspira las normas que ponen fin al proceso en cuanto pueda constatarse que el mismo por cualquier circunstancia carece de finalidad, al haber desaparecido la controversia que lo justifica. Todas estas son novedades importantes como iremos viendo más adelante.

Sin negar las indudables ventajas que la nueva regulación aporta, que previsiblemente contribuirá a una notable agilización de los procesos judiciales civiles, no quiero terminar esta introducción sin hacer una crítica al nuevo Código Procesal Civil, cual es la de su extensión. Entiendo que un índice de la calidad de un Código Procesal es indudablemente su extensión. Como dijo Thomas Jefferson, no hay talento más valioso que el de no usar dos palabras cuando basta una; o en palabras de Baltasar Gracián, lo breve si bueno dos veces bueno. La simplicidad o economía que predicamos antes como una exigencia de cualquier procedimiento, deben tener su reflejo en una normativa lo más breve posible, dado que los objetivos de una ley procesal son esencialmente sencillos. La Ley de Enjuiciamiento Civil

⁶ El dictamen de la comisión calcula pasar de un plazo promedio para tramitar una causa civil que puede prolongarse de seis a ocho años a una duración de entre tres o cuatro meses. Lógicamente ello no dependerá solo de la implantación de la nueva regulación, aunque por sí sola probablemente tenga un efector reductor al simplificar trámites y concentrar los actos procesales, sino de la existencia de un número suficiente de órganos judiciales en

española de 2001 fue y es muy criticada por su excesiva, farragosa y casi siempre innecesaria extensión de 827 artículos, caracterizándose además por un gran número de preceptos con una extensión considerable, que podrían haber dado lugar en realidad a varios preceptos más sencillos, lo que no supuso una alteración sustancial de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 que aunque tenía 2.182 artículos, regulaba materias excluidas de la vigente Ley, tales como la jurisdicción voluntaria a la que dedicaba todo el Libro III. El Código Procesal Civil tiene 911 artículos, excluidas las disposiciones transitorias, adicionales y finales, frente a los 1.157 del Código de Procedimientos Civiles de 1.906. La escasa diferencia es mucho más llamativa que en el caso español; igualmente se observa una notable tendencia al aumento de la longitud de los artículos y a la duplicidad en la regulación de las materias, incluso de forma contradictoria, como veremos más adelante.

Creo sinceramente que en ambas leyes hubiera sido deseable un mayor esfuerzo del legislador por simplificar los trámites y las normas y que buena parte de los problemas que deparará la nueva legislación provendrán de una excesiva minuciosa regulación de determinadas materias, a veces duplicada y contradictoria, que en ningún caso cumple el propósito, imposible, de abarcar todos los posibles supuestos que pueden producirse en la realidad, y que lo único que consigue es limitar las posibilidades del Juzgador para dar solución adecuada a esos múltiples problemas que depara la práctica.

Con indudable acierto el Código dedica su título preliminar, artículos 1 a 21 a establecer los principios que lo inspiran y con arreglo a los cuales ha optado por configurar el procedimiento, aunque no hubiera estado de más una mayor sistematización y simplificación. Dichos artículos lejos de ser meramente ilustrativos, tienen una función claramente normativa, debiendo integrarse con ellos las lagunas que presente el Código, y utilizarlos como criterio interpretativo en aquéllos preceptos que resulten confusos o contradictorios. Junto a estos principios generales del proceso, sin una separación adecuada aparecen reglas generales sobre la valoración de la prueba, aplicación de la norma procesal y el carácter supletorio del Código procesal civil (artículos 13, 21 y 22).

La necesidad de que el proceso se ajuste a un orden lógico se plasma en el principio de **preclusión** (artículo 18.2). La simplicidad aparece a su vez recogida en el artículo 8 (**economía procesal**). Se recogen asimismo los principios que resultan obligados en un estado de derecho y otros que configuran el proceso civil por el que se ha optado. Así la tutela judicial efectiva aparece consagrada en el artículo 1 (**derecho de acceso a los juzgados y tribunales**) y

relación con el número de litigios existentes, de modo que los actos orales puedan señalarse en los plazos marcados por la ley.

es manifestación de ese principio el artículo 20 (**subsanción**), al establecer la posibilidad de que el juez subsane defectos procesales; son manifestaciones del principio de legalidad los artículos 2, 3, 7 (**clases de pretensiones, debido proceso y legalidad procesal y formas**) y en el 12 (**facultades procesales del juez**), este último en cuanto consagra expresamente la necesidad de que el juez se ajuste en su actuación en todo momento a la ley; la audiencia, asistencia y defensa y la igualdad entre las partes y la necesaria contradicción, aparecen recogidos en el apartado 2 del artículo 1 y en los artículos 4 y 5, (**prohibición de indefensión, asistencia profesional, contradicción, igualdad**). Opta el código por un proceso donde rige la iniciativa de las partes tanto en orden al inicio del litigio, como en la configuración del mismo y su terminación, y así lo señalan los artículos 9, 10 y 11 (**oportunidad, principio dispositivo y aportación de parte**), sin perjuicio de que en determinados procedimientos en que concurre un interés general muy específico se atenúen o desaparezca y de la obligación del juez de impulsar de oficio del proceso y de garantizar la justicia de la decisión que se recoge en los apartados 3 y 4 del artículo 12, lo que conlleva la obligación de realizar los actos que no precisen petición de parte y de requerir a éstas para que lleven a cabo los actos a los que les obliga la ley, así como verificar, en la medida que le sea posible, que los hechos se ajustan a la realidad.

Otros principios por los que opta el legislador para configurar el proceso civil y que habrá de tener en cuenta en el proceso ordinario son los de **oralidad** (artículo 15), si bien no absoluta, configurando los actos orales bajo el principio de **elasticidad** (artículo 18.1), **inmediación** (artículo 16), **publicidad** (artículo 19), **doble instancia** (artículo 14) y **necesidad de ajustarse a la buena fe, con prohibición del fraude procesal** (artículo 6).

La aplicación concreta de estos principios al proceso ordinario y su utilidad para esclarecer las normas que regulan el mismo las iremos viendo a medida que vayamos estudiando sus fases concretas.

Dentro del Código Procesal Civil, el proceso ordinario viene configurado como el que va a servir para la tramitación de los litigios de mayor entidad o trascendencia por lo que está llamado a constituir la espina dorsal del nuevo proceso civil y el punto de referencia de los restantes procedimientos, por cuanto que aunque no sea el proceso tipo al que se remiten, con ocasión del mismo es cuando se regulan en el Código instituciones procesales esenciales que sí son de aplicación general.

En el caso español, tras seis años de vigencia, puede afirmarse que, en términos de satisfacción entre los profesionales del derecho, el nuevo proceso ordinario ha sido un éxito. Su estructura, fase inicial de alegaciones por escrito, vista oral para subsanar defectos y preparar el juicio y segunda vista oral para la práctica concentrada de la prueba y la formulación de

conclusiones, todo ello presidido por la intermediación judicial, ha permitido reducir sustancialmente los plazos para dictar sentencia y eliminar la mayor parte de los supuestos en que la sentencia no entraba en el fondo del asunto por apreciar defectos procesales insuperables.

Para el estudio del proceso ordinario distinguiremos tres fases. La primera es la fase de alegaciones, donde estudiaremos la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción y la rebeldía del demandado. Pasaremos seguidamente al estudio de la fase oral que comprende la audiencia preliminar y la audiencia probatoria. Finalmente estudiaremos la fase de resolución y dentro de ella la sentencia, así como los supuestos en que el proceso puede terminar sin sentencia contradictoria.

B.- LA FASE DE ALEGACIONES

La fase inicial o de alegaciones es, como ya se ha indicado, escrita, al igual que lo era en la regulación anterior, y su objeto no es otro que el de fijar los términos del litigio, tanto desde el punto de vista de las personas entre las que existe la controversia, como los propios límites en los que se desenvuelve la misma. Es una fase esencial que determina en buena medida el resultado del litigio, pues un mal planteamiento del mismo no es susceptible de corrección por parte de la prueba que pueda plantearse, a la vista de la imposibilidad de alterar posteriormente a esta fase lo que es objeto del proceso

I.- LA DEMANDA

A. Concepto.- Dice el artículo 424.1 CPC que *“Todo proceso judicial comenzará por medio de demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión”*. Se exige pues específicamente la forma escrita para inicial cualquier proceso judicial, lo que no constituye una novedad con respecto a la legislación anterior. La demanda no es pues más que una petición que se dirige al juez para hacer valer un derecho frente a un tercero que lo ignora o perturba y que tiene por objeto explicar cual es la controversia y que pronunciamiento se pretende del órgano judicial a fin de resolverla. Para explicar este concepto nada mejor que citar literalmente lo que constituye el derecho tradicional español y la base de las sucesivas leyes procesales derivadas del mismo, la Ley 40, Título 2º, Partida 3ª, de las Siete Partidas

(terminadas en 1.265 y vigentes en iberoamérica hasta el siglo XIX), conforme a la cual *“En cualquier demanda para ser fecha derechamente, debe ser catadas cinco cosas. La primera el nome del juez ante quien debe ser fecha. La segunda, el nome del que la face. La tercera, el de aquel contra quien lo quiere facer. La cuarta la cosa o la cuantía. Y la quinta, por qué razón se pide. Caseyendo todas estas cosas puestas en la demanda, cierto puede el demandado saber por ellas en que manera debe responder. E otrosí, el demandador, sabrá más ciertamente, que es lo que ha de probar. E, sobre todo, tomará apercibimiento el juez para ir adelante por el pleyto, derechamente”*. No conozco una manera más sencilla y clara de exponer la cuestión.

B.- Requisitos.- Los requisitos de la demanda vienen regulados en el artículo 424.2 CPC y no supone una diferencia sustancial con respecto al anterior artículo 261 CPC 1906⁷. Regula eso sí el contenido con una extensión y detalle mayor, lo que sin duda alguna es una manifestación de la obsesión por la eficacia que preside el nuevo Código Procesal Civil. El legislador es consciente de que la rapidez y el éxito mismo del proceso dependen en buena medida de un correcto planteamiento del mismo en la demanda y trata por ello de establecer unas pautas muy precisas para su redacción, exigiendo claridad y exactitud.

La utilidad de tan extenso precepto es, cuando menos, discutible. De un lado, como veremos, duplica innecesariamente en ocasiones lo ya establecido en otros preceptos del Código. Por otra parte son pautas en las que la frontera entre lo que se ajusta a la ley y lo que no es cuando menos difusa, sin que el detalle con que se regulan los diversos aspectos elimine este factor que deja un amplio margen a la discrecionalidad del juez. Debe resultar por tanto excepcional el rechazo de la demanda por infracción de este precepto. Por el contrario, los defectos y omisiones de la demanda han de tener normalmente la condición de subsanables. Quizás hubiera sido suficiente mantener la redacción anterior con una genérica referencia a la obligación de precisión, claridad y exactitud. Pasamos a examinar el contenido concreto que exige el citado artículo 424.2, distinguiendo entre requisitos formales, subjetivos y objetivos.

1.- Formales.- Son los regulados en los apartados a), e), f), g), h) e i) del artículo 424.2.

⁷ **Artículo 261.** La demanda debe contener:

- 1) La designación precisa del Tribunal ante quien se entabla.
- 2) El nombre y personalidad o representación legal del demandante o de su Procurador.
- 3) El nombre y la personalidad o representación legal del demandado o de su Procurador.
- 4) Los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya.

a).- Tribunal y procedimiento.- Exige el precepto en primer lugar “*la designación precisa del tribunal ante el que se interpone y en la suma del escrito la indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda*”. Esta norma ha de completarse con lo dispuesto en el artículo 403.2 CPC conforme al cual “*El actor expresará en su escrito inicial la cuantía de la demanda, que podrá indicarse en forma relativa, si justifica debidamente que el interés económico al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al proceso ordinario, o que no rebasa la máxima del abreviado. La alteración del valor de los bienes que sobrevenga después de presentada la demanda no implicará la modificación de la cuantía ni la de la clase de proceso*”. La última frase no es sino una consecuencia más de la litispendencia que produce el inicio del proceso, declarada con carácter general el artículo 428.1 CPC y que este precepto reitera en uno de sus aspectos.

La exigencia de la designación del tribunal es lógica, ya que es imprescindible el ese dato para saber donde debe entregarse el escrito. El segundo dato, es de utilidad discutible dado que, como veremos, el tribunal está obligado a dar a la demanda el trámite que le corresponda con independencia del que designe la parte. Desde el punto de vista práctico lo que puede tener interés es la consecuencia de que designen erróneamente estos extremos.

Si en la demanda aparece designado un tribunal que no es el competente objetivamente, lo que ocurrirá es que el Juez de oficio o en virtud de declinatoria del demandado y previa audiencia de las partes y del Ministerio Público, lo declarará así, con indicación del órgano que considera competente y dejando a salvo el derecho de las partes de ejercitar sus pretensiones ante el Juzgado que corresponda (artículo 31 CPC). Si el tribunal designado en la demanda careciera de competencia territorial, entonces el tribunal de oficio, si la competencia viene determinada por reglas imperativas, o a instancia de parte legítima mediante la declinatoria en cualquier caso, lo declarará así, previa audiencia de las partes y del Ministerio Público, y remitirá las actuaciones al órgano jurisdiccional que considere territorialmente competente (artículos 41 y 42 CPC).

Si la determinación de la vía procedimental adecuada no es correcta conforme a las reglas para determinar el procedimiento que contienen los artículos 398 a 402 CPC, particularmente, en lo que afecta al proceso ordinario, si la materia no está comprendida en el ya citado artículo 399, el error en la determinación de la vía procedimental, dado el carácter imperativo de las normas sobre procedimiento adecuado que establece el artículo 403.1 CPC, no tendrá otra consecuencia que la de que el juez debe dar al asunto la tramitación que corresponda,

5) La expresión clara de lo que se pide, que el Tribunal resuelva.

bien lo aprecie de oficio al admitir a trámite la demanda, bien se ponga de manifiesto a través de la impugnación que efectúe el demandado en la contestación a la demanda, en cuyo caso habrá de resolverse en la audiencia preliminar (artículo 404 CPC).

e).- Los hechos en que se funde la petición. En palabras de GÓMEZ ORBAJENA⁸ la ley asigna a las partes la función de aducir y traer al proceso el material de hecho, limitando la función del juez a recibirlo, para valorarlo después. Son las partes mismas exclusivamente las que aportan los hechos conducentes a establecer la relación jurídica que existe entre ellos, sin que el juez pueda fundar su decisión en otros hechos. Por tanto el que la exposición de hechos tiene una importancia fundamental por cuanto que el juez ha de aplicar el derecho teniendo en cuenta los mismos, de modo que la omisión en dicha exposición de hechos relevantes para la pretensión puede tener como consecuencia la desestimación de la demanda.

El precepto exige que los hechos sean expuestos numeradamente en forma precisa, con orden y claridad. Como señala MUÑOZ JIMÉNEZ⁹ la claridad expositiva y la precisión son cualidades formales que deberían reunir todos los actos de las partes conducentes toda materia relevante para la resolución del litigio. Continúa señalando este autor como sin embargo la práctica judicial tiende a mostrarse condescendiente con la inobservancia de estos requisitos, a pesar de las notables perturbaciones y dificultades que la oscuridad e indefinición de los escritos forenses capitales son susceptibles de provocar a la hora de limitar la controversia. Es desde luego requisito mínimo que los hechos sean expuestos de forma coherente e inteligible, si bien cierta oscuridad o confusión es admisible y susceptible de subsanación en el acto de la audiencia preliminar.

f).- La fundamentación jurídica de la petición.- Podría este parecer un requisito menor a la vista del principio *iura novit curia*, conforme al cual el juez en ningún momento está vinculado al derecho que consideren aplicable las partes, de modo que este resuelve el caso vinculado exclusivamente sobre los hechos acreditados, lo que resume también el aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius* (que puede traducirse como dame los hechos, yo te daré justicia). Sin embargo actualmente, como señala MUÑOZ JIMÉNEZ¹⁰, predomina la opinión de que la causa de pedir está integrada por un elemento fáctico y otro jurídico, de modo

⁸ “Derecho procesal civil”, Madrid 1979, pág. 214.

⁹ Francisco Javier MUÑOZ JIMÉNEZ, “Actos de las partes delimitadores del proceso: demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones”, en la obra colectiva “El objeto del proceso civil”, Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Madrid 1996, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, pág. 152.

¹⁰ Obra citada, pág. 174.

que ni cabe abstraer los hechos alegados de la norma que les atribuye eficacia jurídica, ni la realización jurídica deja de estar delimitada por los hechos que la individualizan. Por tanto los tribunales pueden corregir errores o subsanar deficiencias de la fundamentación jurídica aplicando su propio conocimiento, pero sin alterar el elemento jurídico identificativo de la causa de pedir. Tampoco pueden aplicar normas jurídicas no alegadas por las partes, y por tanto sobre las que no se ha debatido ni el demandado ha tenido oportunidad de realizar alegaciones, cuando ello causa indefensión¹¹. Como señala SALAS CARCELLER¹² en el campo de los derechos personales tiene más relevancia el hecho de que surge la pretensión más que la contemplación de la figura jurídica de que se trata, pero no basta siempre con él, pues hay casos en que es necesario individualizar esa pretensión con el derecho alegado, como ocurre en los supuestos de exigencia de responsabilidad contractual o extracontractual nacida de un mismo hecho.

En el caso de los derechos reales es más relevante para definir la causa de pedir la relación jurídica concreta de que se trata y ello bastará normalmente, pero a veces el hecho sustanciador resulta determinante. Cita dicho autor como ejemplo en este caso la necesidad de expresar cuando se ejercite una acción confesoria de servidumbre la mención de si el demandante se considera beneficiario de la servidumbre por título o por prescripción en relación con los hechos determinantes de uno u otra, sin lo cual no puede decirse que esté completa la expresión de la causa de pedir.

Esta es la doctrina que recoge el artículo 206.2 CPC cuando dice que “*El tribunal sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*”. Ello supone una matización importante con respecto al principio general recogido en el artículo 12.5 CPC¹³, ya que en este último precepto no se recoge la imposibilidad de acudir a fundamentos de derecho distintos. La conclusión no es otra que la de que el profesional del derecho ha de tener sumo cuidado a la hora de redactar la fundamentación jurídica configurando correctamente cual

¹¹ Creo interesante citar la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de España de 16 de marzo de 1992 que resume muy bien la cuestión cuando señala que “puede producir indefensión el apoyarse el órgano judicial en argumentos legales no invocados que por su falta de relación con los hechos rebasan los límites del *iura novit curia* no siendo procesalmente lícito hacer uso de este principio cuando la aplicación sorprendente de una razón jurídica no alegada entraña indefensión”.

¹² “La litispendencia y sus relaciones con la cosa juzgada”, en la obra colectiva “Excepciones procesales” Cuadernos de Derecho Judicial XXIV, Madrid 1994, Consejo General del Poder Judicial, pág. 63.

¹³ “El Juez debe resolver la cuestión litigiosa con arreglo a derecho, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, pero no puede alterar el petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”. Otra vez nos encontramos con dos preceptos que regulan lo mismo pero con discrepancias significativas que pueden dar lugar a confusión.

es la acción que ejercita y cual es el derecho que entiende que le ampara, sin perjuicio de esa facultad de los tribunales de corregir citas erróneas de normas jurídicas.

g).- La petición que se formule. Los hechos y los fundamentos de derecho determinan la causa de pedir de la que no puede apartarse el juez. La identificación del objeto litigioso requiere sin embargo que el actor especifique claramente cual de los múltiples efectos jurídicos que pueden producir esos hechos y normas aplicables a los mismos son los que concretamente pretende con su demanda. Por tanto la petición delimita las posibilidades del pronunciamiento del órgano judicial que solo puede versar sobre aquello que expresamente se le pide.

Exige el precepto la determinación clara y concreta de lo que se pide, de lo que no es sino una manifestación más la exigencia de que cuando se contengan varias peticiones estas se expresen con la debida separación. Esta claridad y precisión son fundamentales para que el tribunal pueda saber sin duda alguna cual es el pronunciamiento que de él se pretende. No obstante las oscuridades o confusiones en los pedimentos de la demanda pueden ser subsanados en la audiencia preliminar e incluso, en la propia sentencia mediante su integración con el contenido de la misma, puesto que esta ha de ser considerada como un todo unitario, salvo que tal indefinición o falta de claridad llegue al extremo de hacer imposible en forma alguna averiguar lo que se pide.

Regula este apartado también el supuesto de que se formulen peticiones en forma subsidiaria. En el caso de que se formulen varias peticiones la relación entre las mismas puede ser diversa. Serán cumulativas cuando se pida un pronunciamiento sobre todas ellas, bien de forma simultánea, cuando todas son independientes entre sí, bien de forma sucesiva, cuando el pronunciamiento sobre alguna de ellas sólo tiene sentido de estimarse otra a la que está supeditada (p. e. petición de intereses de un principal). Pero lo que me interesa resaltar es la diferencia entre pretensiones alternativas y subsidiarias puesto que es frecuente su confusión en la práctica y, sin embargo, tienen efectos muy diversos.

Las peticiones múltiples alternativas se producen cuando al actor le es indiferente que se aprecie cualquiera de ellas. En este caso la apreciación de una de ellas constituye la estimación total de la demanda. Por otra parte el demandado se puede allanar a cualquiera de ellas, lo que conlleva la terminación del proceso. Finalmente la renuncia o abandono de alguna de ellas no tiene otra consecuencia, mientras subsistan otra u otras, que la imposibilidad del tribunal de pronunciarse en el sentido de las eliminadas.

Por el contrario cuando se formula una petición como principal y otra como subordinada, lo que el actor está pidiendo es que se estime la principal y sólo en el caso de que no se estime, pide la consideración de la subsidiaria. Si prospera la petición principal hay estimación total de la demanda. Pero si se desestima la principal y solo prospera la subsidiaria ello constituye un supuesto de estimación parcial de la demanda. Si el demandado se allana a la pretensión principal, el litigio termina, pero no si lo hace a la subsidiaria, solo puede ser considerado como allanamiento parcial ya que para que produzca efecto es preciso que la sentencia se pronuncie primero sobre la petición principal.

h).- Ofrecimiento de medios de prueba.- Exige el apartado g) del artículo 424.2 CPC el ofrecimiento de los medios de prueba pertinentes para acreditar cada uno de los hechos que resulten controvertidos. El precepto constituye una novedad, es ambiguo y su significado resulta difícil de descifrar. Desde luego no cabe interpretar que este requisito se resuelva con un ofrecimiento genérico o formulario de aportar los medios de prueba necesarios para acreditar los hechos que se exponen, porque tal ofrecimiento no tendría utilidad alguna y haría inútil este requisito.

La alternativa es entender que el actor tiene obligación de especificar ya en su escrito de demanda cuales son los medios de prueba que pretende utilizar. En este sentido el precepto está relacionado con el artículo 425.6 CPC donde se exigen que se acompañen a la demanda “...*los medios probatorios destinados a sustentar el petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su practica...*”. Parece un poco innecesario y redundante regular esta materia en dos preceptos distintos. Pero es que además estas obligaciones deben ser concretadas con la aplicación de otros preceptos del CPC que regulan esta materia.

En orden a la presentación de documentos el artículo 287.1 CPC establece que “*Los documentos en que las partes funde su derecho deben presentarse acompañando a la demanda y a la contestación a la demanda*”. Normalmente la falta de aportación de estos documentos no tiene otra consecuencia que la de que el actor no pueda aportar estos medios probatorios después. Sin embargo en algunas ocasiones la ley exige documentos concretos si cuya aportación no cabe admitir a trámite la demanda, pudiendo citarse a título de ejemplo las acciones de retracto en las que el artículo 554 CPC exige la aportación de “*los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funde el retracto y, cuando la consignación o precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido*”

caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere". Por su parte, en las acciones de responsabilidad civil de jueces y magistrados el artículo 560 CPC exige la aportación de la sentencia o auto en que se suponga causado el agravio, las actuaciones que en concepto de parte conduzcan a demostrar la infracción de ley, o del trámite o solemnidad mandados observar por la misma bajo pena de nulidad, y que a su tiempo se reclamaron los recursos o reclamaciones procedentes, y, finalmente la sentencia firme que haya puesto término al pleito o causa. También puede citarse el artículo 525 CPC que exige para la admisión de la demanda que se acompañe certificación del Registro de la Propiedad Industrial en que se haga constar la no conformidad de alguna de las partes con la propuesta de acuerdo del ente conciliador, cuando se trata de demandas sobre pretensiones en materia de propiedad industrial.

El apartado 2 del artículo 287 CPC permite la aportación en la audiencia preliminar de aquéllos documentos, por supuesto no exigidos expresamente por la ley, que sirvan para fundar el derecho de la parte, pero cuya relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado al contestar a la demanda. Esta facultad debe aplicarse con un criterio sumamente restrictivo. Es decir no será suficiente que el demandado cuestione los hechos de la demanda, puesto que el actor está obligado a aportar la prueba de los mismos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 238.1 CPC, sino que será preciso que alegue para desvirtuarlos hechos nuevos o distintos aún cuando relacionados con la demanda. Por ejemplo, el actor que ejercita una acción declarativa de dominio no puede alegar en la audiencia preliminar el que demandado ha cuestionado su titularidad para pretender aportar en ese momento su título de propiedad, pero si el demandado cuestiona esa titularidad afirmando al mismo tiempo que el verdadero propietario es un tercero ajeno al pleito, el actor si puede aportar en ese momento cuantos documentos tenga dirigidos a acreditar que ese tercero no es el propietario. En el caso de que el arrendador se dirija contra el arrendatario para reclamar el cumplimiento del contrato y este cuestione su condición de arrendador sobre la base de no ser el propietario del inmueble, si que parece que habrá que admitir al actor en la audiencia preliminar prueba sobre este punto, porque lo que estaba obligado a aportar con la demanda en principio son los documentos que acreditan su condición de arrendador para lo que es suficiente normalmente el contrato de arrendamiento en el que figure como tal.

Finalmente en los apartados 3, 5 y 7 del artículo 287 se regulan casos excepcionales en los que se permite la presentación de documentos en un momento posterior a la demanda¹⁴. Conviene destacar el supuesto del artículo 287.3 c) CPC por cuanto que el mismo no

¹⁴ ARTÍCULO 287. MOMENTO DE PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS.

específica el que la presentación de la demanda antes de la obtención del documento se deba a la imposibilidad absoluta de obtenerlo o a la necesidad imperiosa de presentar la demanda sin esperar dicho documento, al contrario de lo regulado para la aportación de dictámenes privados como veremos inmediatamente. Creo no obstante que esta es la interpretación que debe hacerse de la imposibilidad a que hace referencia este precepto, por cuanto que teniendo el actor un plazo en principio ilimitado para presentar la demanda cabe exigir a aquél con cierto rigor para evitar la indefensión del demandado la presentación de todos los documentos en que funda su derecho salvo que exista una causa muy justificada. Esta causa no existiría si el actor podría haber obtenido el documento difiriendo un tiempo razonable la presentación de la demanda sin perjuicio alguno. Otro tanto puede decirse de la contestación a la demanda y de la reconvención, si bien en este caso la justificación de la imposibilidad reviste menos complicación al estar limitada al tiempo que la ley concede para contestar.

En esta materia de aportación de pruebas debe citarse también el artículo 317.2 CPC en relación con la prueba pericial privada, el cual obliga a la presentación de la prueba

-
1. Los documentos en los que las partes funden su derecho deben presentarse acompañando a la demanda y a la contestación a la demanda.
 2. No obstante, el actor podrá presentar en la audiencia preliminar del proceso ordinario, o en la audiencia del proceso abreviado, los documentos cuya relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado al contestar a la demanda.
 3. Igualmente, cualquiera de las partes podrá presentar en cualquier momento posterior al indicado en el numeral 1, pero antes de la audiencia en que se practique la prueba, los documentos en que concurren alguna de las siguientes circunstancias:
 - a). Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia preliminar del proceso ordinario o a la audiencia del proceso abreviado, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.
 - b). Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia preliminar del proceso ordinario o a la audiencia del proceso abreviado, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.
 - c). No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación de archivos, protocolos o lugares, o al menos el anuncio de su presentación.
 4. Cuando un documento, medio o instrumento sobre hechos relativos al fondo del asunto, se presentase fuera de plazo, las demás partes podrán alegar en la audiencia la improcedencia de tomarlo en consideración, por no encontrarse en ninguno de los casos a que se refiere el numeral anterior. El tribunal resolverá en el acto rechazándolo y, si apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación del documento, podrá, además, imponer al responsable una multa de uno (1) a tres (3) salarios mínimos.
 5. Excepcionalmente podrá admitirse un documento hasta el momento de comenzar el plazo para dictar sentencia, cuando la parte justifique que llegó a su conocimiento después de la audiencia en que se practicó la prueba y fuera relevante para la decisión de fondo. El tribunal oír a la otra parte dentro del plazo de tres (3) días.
 6. Fuera de los casos anteriores no se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen escrito después de ese término. En su caso, la parte podrá presentarlo en el recurso de apelación que interponga contra la sentencia.
 7. Se exceptúan de lo dispuesto en el numeral anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha posterior al momento de formular los alegatos finales, siempre que pudieran resultar relevantes para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose copia a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco (5) días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia. El juzgado o tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

pericial con la demanda o, de no ser posible, el ofrecimiento de presentarla antes de la audiencia preliminar. Este precepto supedita expresamente esta posibilidad a que “fuese imposible tenerlo a disposición el tiempo máximo de presentación de la demanda”. Por tanto parece preciso que la demanda tenga de alguna manera un plazo perentorio, por ejemplo, porque más allá del mismo prescriba o caduque el derecho. Si tal plazo no existe o se presenta cuando el vencimiento del mismo no es inminente no cabrá alegar imposibilidad de haber aportado el dictamen salvo que se acredite que no hubiera desaparecido aunque se hubiera esperado el tiempo máximo, criterio que ya hemos dicho que debe aplicarse también por analogía con respecto a los documentos. El juez deberá autorizar esta aportación con posterioridad a la demanda, teniendo en cuenta no solo lo anterior, sino también que tal aportación no cause indefensión al demandado, y debiendo presentarla antes de la audiencia preliminar, pero sin establecer plazo alguno.

El artículo 319 CPC prevé, no obstante lo dispuesto en el artículo 317, la posibilidad de anunciar en la audiencia preliminar peritajes que podrán aportarse hasta cinco días antes de la audiencia probatoria cuando su necesidad resulte de lo contestado en la demanda o de lo alegado en la audiencia preliminar, necesidad que deberá examinarse con un criterio sumamente restrictivo, conforme a los que ya se han enunciado al examinar esta misma posibilidad en orden a la presentación de documentos. Es decir no basta que la otra parte niegue o discuta hechos alegados y que son el fundamento de la pretensión u oposición, sino que por el contrario será preciso la alegación por alguno de los mecanismos permitidos por el Código de hechos nuevos u originales.

Finalmente el artículo 321 CPC obliga a pedir en la demanda los dictámenes periciales oficiales cuando el actor renuncie o no pueda acogerse a un dictamen pericial privado.

Además de estos preceptos que regulan las pruebas que obligatoriamente han de presentarse con al demanda o anunciarse en ella, deben tenerse en cuenta para la interpretación del apartado g) que nos ocupa el artículo 239 CPC, que regula con carácter general la proposición de prueba¹⁵. Del apartado 1, aparte de algún error de redacción, puesto que no otra

¹⁵ ARTÍCULO 239. PROPOSICIÓN DE PRUEBA.

1. Siendo necesaria la práctica de la prueba, las partes, por escrito en la demanda o contestación, en su caso, u oralmente en la audiencia preliminar del proceso ordinario o en la audiencia del proceso abreviado, solicitarán en el mismo escrito el recibimiento del pleito a prueba y propondrán los medios de prueba que en su opinión deben ser practicados.

2. La proposición de los distintos medios probatorios se hará expresándolos con separación.

3. Igualmente, se indicará la identidad y el domicilio o residencia de las personas que hayan de ser citadas, en su caso, para la práctica de cada medio de prueba.

4. Cuando las partes no dispusieren de algunos datos relativos a dichas personas en el momento de proponer la prueba, podrán aportarlos al juez o tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes, y en todo caso con antelación suficiente a la práctica de la prueba.

5. El juez o tribunal procurará que un simple defecto de forma en la proposición de un medio probatorio no deje sin efecto la petición, si se deduce claramente su propósito.

consideración debe merecer el que se hable de un escrito de solicitud con olvido de que se permite también la petición oral en la audiencia preliminar, resulta con claridad que es optativo para el actor solicitar el recibimiento del pleito a prueba y proponer los medios de que pretende valerse en la demanda, por escrito, o en la audiencia preliminar oralmente. En concordancia con este precepto los apartados 1 y 2 del artículo 463 CPC permiten a las partes en la audiencia preliminar que propongan las pruebas que a su derecho convengan y de las que intenten valerse en la audiencia probatoria, si no lo hubieran hecho ya en la demanda o contestación. Tal precepto por tanto no contiene limitación alguna a la proposición de pruebas que previamente no se hayan ofrecido en la demanda.

Constituye una clara trasgresión de la simplicidad y economía que deben presidir la regulación procesal el que para saber qué es lo que se tiene que aportar realmente con la demanda y qué se debe precisar en ella haya que consultar hasta ocho artículos distintos en muy diversas secciones. Aparte de esta disfunción, puede decirse a modo de conclusión que el apartado g) debe interpretarse en el sentido de que, el ofrecimiento de medios probatorios, salvo las pruebas que expresamente establezca la ley que deben aportarse o anunciarse con la demanda, es optativo para el actor, de manera que la omisión de alguna prueba de la que vaya a valerse, no le impide en absoluto solicitarla en la audiencia preliminar.

i).- Lugar, fecha y firma.- De nuevo nos encontramos un requisito superfluo, por obvio, innecesario e incompleto que no parece muy conforme con el principio de simplicidad que debe presidir toda regulación procesal. La firma del documento que se presenta es un requisito ineludible de cualquier clase de escrito pues solo de esta forma quien lo presenta asume formalmente su contenido. No parecía necesario convertirlo en un requisito expreso de la demanda. En todo caso no se comprende que pueda firmar el demandante y no tenga que hacerlo el profesional del derecho que le asiste. Tal opción parece contradictoria con la obligatoriedad que establece el artículo 79 CPC de que en los procesos ordinarios la defensa y representación procesal sea asumida por profesional del derecho habilitado legalmente para ejercer. Es este profesional en virtud de esa representación y defensa quien ha redactado la demanda y quien asume la responsabilidad de su contenido y es garante de su solvencia técnica frente al tribunal.

En cuanto al requisito de que al redactar la demanda se especifiquen la fecha y lugar de presentación no tiene mucho sentido, ya que tales datos se deberán hacer constar en el

6. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba.

documento por el empleado público del el registro oficial donde se presente y esto será lo que tenga validez a todos los efectos.

2.- Requisitos subjetivos.- El que pueda darse inicio al proceso está supeditado a la perfecta identificación de las partes entre las que se suscita la controversia. Esta exigencia se encuentra regulada en los apartados b), c) y d) del artículo 424.2.

b) *El nombre del demandante, sus datos de identidad y dirección domiciliaria.* Este requisito no se pedía expresamente en la anterior legislación, pero en la practica, como no podía ser de otro modo, resulta tal dato siempre figuraba, de un modo u otro, por ser obvio su necesidad. No parece que tenga mucho sentido exigir otros datos de identidad que el nombre y, en cuanto al domicilio, tampoco parece necesario si se facilita el del profesional del derecho que le asiste, asistencia que no olvidemos es obligatoria en el proceso ordinario. En definitiva lo que exige el proceso judicial es la identificación en forma suficiente de los sujetos que integran la relación procesal, puesto que ello resulta necesario para delimitar el elemento subjetivo del objeto del litigio, lo que es imprescindible para a su vez delimitar el ámbito de la cosa juzgada.

c) *El nombre y dirección domiciliaria o la oficina del profesional del derecho del demandante, haciendo constar el número de fax o el medio técnico que le permita recibir comunicaciones directas del tribunal.* La identificación y el domicilio del profesional del demandante si parece un requisito necesario por cuanto de acuerdo con el artículo 79.3 CPC el profesional del derecho al asumir la representación procesal queda obligado por mandato, conferido expresamente mediante poder general o especial, a servir de comunicación eficiente entre su cliente y el juez o tribunal.

En función de ello, cuando las partes tienen profesional del derecho, lo que en el proceso ordinario es obligatorio, la forma de comunicación normal es a través del mismo según previene el artículo 138 CPC. Por su parte el artículo 137.1 b) CPC regula como una modalidad de comunicación la “*Remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo electrónico, postal, telegrama, fax, o cualquier otro medio técnico que permita dejar en el expediente constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado*”.

d) *El nombre del demandado y su domicilio.* La identificación del demandado, al igual que la del actor, es una exigencia lógica e imprescindible para delimitar el

elemento subjetivo de lo que es objeto de litigio, dado que siendo requisito esencial del proceso judicial la existencia de una controversia entre partes es imprescindible la existencia de un demandado. No cabe bajo ninguna circunstancia presentar demanda contra persona desconocida o indeterminada, siendo labor de la parte actora proceder a la identificación del demandado en forma suficiente antes de interponer la demanda. Esta identificación suficiente consistirá normalmente en el nombre y apellidos de las personas físicas o la denominación legal de las personas jurídicas, pero no cabe descartar cualquier otro medio de identificación siempre que no ofrezca dudas, tales como el nombre artístico por el que sea notoriamente conocido, el nombre comercial o el rótulo del establecimiento, en el caso de empresarios ya sean personas físicas o jurídicas, etc.

Al contrario que en el caso del actor, el conocimiento del domicilio es imprescindible, puesto que ha de ponerse en su conocimiento la existencia del proceso. En cuanto a esta obligación de facilitar el domicilio en la demanda el artículo 139.3 CPC de forma más precisa concreta que lo que debe indicar en su demanda el actor son *“cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax o similares”*. A su vez el artículo 140.1 CPC permite designar como domicilio *“el que aparezca en registros oficiales como domicilio privado, sea en propiedad o como arrendatario, o profesional. También podrá designarse como domicilio ... el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional”*.

No obstante puede ocurrir que el demandante desconozca el domicilio del demandado. Al contrario de lo que ocurre con su identificación, que es imprescindible, el actor no está obligado a averiguar antes de presentar la demanda el domicilio del demandado. Así el artículo 141 CPC, para el supuesto de que el demandante desconozca el domicilio del demandado, permite que simplemente manifieste en la demanda la imposibilidad de designar un domicilio o residencia. En este caso corresponde al tribunal hacer las gestiones necesarias para tratar de averiguar el domicilio y si no lo consigue la comunicación se hará por edictos.

No regula el Código el supuesto de que el demandante haga esta manifestación a pesar de conocer el domicilio del demandado, con la intención de evitar su presencia en el procedimiento y privarle de este modo de la posibilidad de defenderse. Ciertamente la mayoría de estas ocultaciones quedarán al descubierto mediante la averiguación de oficio que está obligado a realizar el tribunal. Pero puede ocurrir que las mismas sean infructuosas. En este caso el demandado podrá utilizar la audiencia al rebelde contra sentencia firme regulada en los artículos 735 y siguientes CPC y pedir una indemnización por los perjuicios que le pueda ocasionar esa actuación contraria a la veracidad, probidad, lealtad y buena fe procesal que exige

el artículo 6 CPC. No obstante se hecha de menos el establecimiento de una sanción para el responsable de este ocultamiento fraudulento, la regulación específica de este caso como un supuesto de nulidad de actuaciones o la previsión de remedios específicos de la situación de indefensión a que pudiera dar lugar.

3.- Requisitos objetivos.- La falta de simplicidad del código se pone de manifiesto de nuevo cuando regula de forma redundante la obligación de aportar determinados anexos con la demanda en el apartado j) del artículo 424.2 y en el párrafo primero del artículo 425, si bien es en este último precepto donde desarrolla esta obligación. Este artículo es censurable en cuanto que no separa adecuadamente los anexos procesales, dirigidos a acreditar elementos precisos para la válida constitución del proceso, que son los que comprenden los apartados 1 a 5, y los anexos relativos al fondo del asunto, que son los comprendidos en el apartado 6. Las consecuencias de la falta de aportación son notoriamente distintos. En el caso de los anexos procesales su ausencia puede dar lugar a que no admita a trámite la demanda. La falta de los anexos materiales, salvo casos excepcionales en que la ley los exija para admitir a trámite la demanda, no tiene otra consecuencia que la imposibilidad de aportarlos en un momento posterior, con el consiguiente perjuicio para el actor.

A) Los **anexos procesales** son los siguientes:

a) Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante. Este requisito parece una complicación burocrática innecesaria. El Código no debería exigir otra cosa la identificación en forma suficiente del actor, dejando a criterio del tribunal la apreciación de tal suficiencia.

b) El medio probatorio que acredite la representación legal del demandante si se trata de personas jurídicas o de personas naturales que no pueden comparecer por sí mismas.- En definitiva en el caso de que el actor comparezca mediante representante por no estar capacitado para hacerlo por sí misma, este representante deberá acreditar que tiene capacidad procesal conforme a lo establecido en el artículo 62.2 CPC¹⁶.

¹⁶ ARTÍCULO 62. COMPARECENCIA EN JUICIO Y REPRESENTACIÓN.

1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2. En otro caso se estará a las reglas siguientes:

a). Las personas naturales que no se hallen en el caso del numeral anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.

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

c) El documento que contenga el poder para iniciar el proceso, en su caso.-

Se refiere este precepto a aquellos casos en que la presentación de la demanda por parte de quien actúa como representante requiera una autorización específica de quien ostenta la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso.

d) El medio probatorio que acredite la calidad con que actúe la parte.- Si la parte actúa como titular de la relación jurídica o del objeto litigioso, entonces la acreditación de esta titularidad es una cuestión de fondo. No obstante, el artículo 64.2 CPC permite que las leyes otorguen en determinados supuestos, bien por tratarse de una sustitución procesal, bien por razones de interés público o social, legitimación extraordinaria a personas distintas de los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Específicamente en los casos de pretensiones colectivas el artículo 570 CPC otorga legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios. En todos estos casos será preciso acreditar con la demanda el reunir los requisitos para presentarla a pesar de no ser el titular directo de lo que es objeto de litigio.

e) Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento. Esta exigencia es consecuencia lógica de lo dispuesto en el artículo 403 CPC en orden al carácter imperativo de las normas sobre procedimiento adecuado que ya se ha comentado antes. El legislador no solo quiere que el actor fije la cuantía en su demanda, sino que aporte además los documentos en que se base esa fijación, de modo que el juez tenga una base suficiente para decidir con conocimiento de causa si el proceso ordinario es efectivamente el adecuado. Si el actor no justifica adecuadamente que el interés económico al menos iguale la cuantía mínima correspondiente al proceso ordinario, el juez podrá dar al asunto la tramitación del procedimiento abreviado.

B) Como **anexos materiales** exige el artículo 425.6 la aportación de “*Los medios probatorios destinados a sustentar el petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su práctica. Se aportarán también los dictámenes periciales en que el actor apoye sus pretensiones, si hubieran sido anunciados previamente conforme a lo que dispone este código. Si no dispusiera de algún medio de prueba, se describirá su contenido, con indicación del lugar en que se encuentra, solicitando las medidas pertinentes para su*

c). Por las personas jurídicas públicas, y por las privadas nacionales o extranjeras comparecerán quienes legalmente las representen.

d). Las entidades sin personalidad comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, les atribuya la representación en juicio de las mismas. En su defecto por las personas que hubiesen contratado en su nombre o por quienes las gestionen.

incorporación al proceso. De estos medios probatorios se acompañarán tantas copias cuantas sean las partes demandadas, que deberán ser autenticadas por el secretario del tribunal”.

El precepto es un nuevo ejemplo de confusión semántica y falta de claridad, además de inútil reiteración de lo que ya se dice en otros artículos. Ya hemos comentado el alcance y contenido de la obligación de aportar los medios probatorios con la demanda o de precisar los que se pretenden utilizar y los preceptos a que ha de acudirse para concretar esta materia.

Lo que se deberá aportar son los medios probatorios que por tener un soporte documental o por tratarse de medios de grabación y archivos de texto sonidos e imágenes (artículos 291 y 292 CPC) puedan adjuntarse a la demanda. La exigencia de indicar datos y lo demás que sea necesario para su práctica y la descripción de contenido e indicación del lugar respecto a las pruebas que no se pueden aportar no tiene sentido hacerlas como anexo de la demanda, sino en la propia demanda, por tanto el apartado g) del artículo 424.2 CPC deberá completarse con lo dispuesto en este precepto. Ningún sentido tiene el requisito, con respecto a la aportación de dictámenes periciales, de la necesidad de anunciarlos previamente. El anuncio debe hacerse en la demanda, en los supuestos en que no se puedan aportar, según hemos visto antes, para su posterior aportación antes de la audiencia preliminar.

Finalmente la obligación de aportar copia lógicamente debe entenderse referida sólo a los documentos y medios de grabación y archivo de textos, sonidos e imágenes que se aporten con la demanda.

C. Efectos

1.- Inadmisión de la demanda.- La inadmisión a trámite de la demanda supone la carencia de efectos de la misma. Ya hemos visto que, una vez presentada la demanda, el juez ha de examinar de oficio su competencia objetiva, la territorial, si está regulada por normas imperativas, y la adecuación del procedimiento y las decisiones que puede tomar al respecto. La cuestión que vamos a estudiar ahora es si de oficio puede examinar también el cumplimiento de las condiciones que debe reunir la demanda de acuerdo con los artículos 424 y 425 CPC. Parece razonable establecer un cierto grado de control previo de la demanda en razón cuando menos de asegurar que el documento reúne los requisitos imprescindibles para producir el efecto de iniciar el proceso, evitando de este modo por razones de economía procesal que un

documento claramente inhábil diera lugar a actuaciones que de modo inútil ocupen el tiempo del tribunal y generen costos procesales improductivos.

Esta cuestión está resuelta de forma un tanto sumaria por el Código de Procedimientos Civiles de 1.906, el cual en su artículo 262 señala que “*Puede el Juez rechazar de oficio la demanda que no se conforme a lo dispuesto en éste y el precedente artículo, expresando en el decreto el defecto de que adolece*”¹⁷. El precepto es demasiado poco concreto, deja demasiado espacio a la discrecionalidad judicial y permite en definitiva que defectos nimios o discutibles provoquen la inadmisión a trámite con menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva. Además el artículo es inexacto puesto que lo que se establece en su primer apartado es la obligación de acompañar a la demanda los instrumentos en que se funde y junto con la obligación regula la consecuencia específica, que no es otra que la imposibilidad de aportarlos en un momento posterior. Por tanto la única causa de inadmisión es el incumplimiento de los requisitos del artículo 261.

El Código Procesal Civil parte de un principio distinto, en aras del derecho de acceso a los tribunales que consagra en su artículo 1, el de legalidad, del que son manifestación los artículos 3 y 7, y, en definitiva, de la tutela judicial efectiva, establece como regla general la de que no cabe rechazar la demanda sino cuando expresamente esté previsto en el Código. Lo dice el artículo 426.1 CPC que expresamente señala que “*Sólo se inadmitirá la demanda en los casos y por las causas expresamente previstos en este Código*”. No se entiende muy bien por qué el Código limita la posibilidad de inadmisión de la demanda a lo establecido en el propio articulado. Realmente si una ley no derogada por el mismo y de igual rango estableciese la inadmisión de las demandas que no cumplieren en una materia un requisito concreto, no parece que el juez pueda desconocerla. Hubiera sido más correcto decir que solo cabe rechazar las demanda por una causa expresamente prevista en la ley.

En el segundo apartado parece que se regula un supuesto general de inadmisión en aquéllos casos en que la demanda carezca de los requisitos legales o no se acompañen a ella los documentos o medios probatorios exigidos por la ley. Sin embargo este apartado es superfluo, dado que lo supedita a que el requisito, documento o medio probatorio *expresamente* sea exigido por la ley para la admisión de la demanda, por lo que está diciendo lo mismo que el

¹⁷ **Artículo 262.** El actor debe acompañar con la demanda los instrumentos en que la funde. Si no los tuviere a su disposición, designará el lugar en que se encuentran o la persona en cuyo poder obran. Contestada la demanda, no se admitirán al actor otros instrumentos que los mencionados en el párrafo precedente, los relativos a hechos nuevos y aquellos cuyo paradero jure no haber conocido antes. Puede el Juez rechazar de oficio la demanda que no se conforme a lo dispuesto en éste y el precedente artículo, expresando en el decreto el defecto de que adolece.

apartado 1, pero expresado en forma positiva. Habrá que estar por tanto al precepto concreto para saber si cabe o no admitir la demanda por falta de un requisito o documento.

Finalmente los apartados 3 y 4 regulan el procedimiento que deberá seguirse en los casos en que se detecten por el juez defectos y omisiones en la demanda con respecto a lo legalmente exigido. Distingue según los defectos sean subsanable o insubsanables. Como regla general los defectos deberán ser siempre considerados subsanables, en aras de la tutela judicial efectiva. No lo serán cuando la ley expresamente lo declare así o cuando sea físicamente imposible la subsanación (por ejemplo demanda encabezada por una persona inexistente o que sea absoluta y totalmente ininteligible). Por poner otro ejemplo, en el caso que citábamos del requisito especial que el artículo 525 CPC establece de una conciliación previa en las demandas de propiedad industrial, será subsanable la falta de aportación de la certificación de haberse intentado la conciliación, pero no el hecho mismo de haber tenido lugar ésta. Del mismo modo en los procesos sobre responsabilidad civil de jueces y magistrados será subsanable la falta de aportación de la sentencia firme que haya puesto término al pleito o causa, pero no el hecho de que no haya recaído aún sentencia firme.

El juez otorgará un plazo que no podrá exceder de diez días para la subsanación del defecto. Además tal plazo sólo podrá ser concedido una vez. En el caso de que tales defectos fueran insubsanables o no fueran subsanados en ese plazo se ordenará el archivo del expediente y la devolución de los anexos.

Los defectos u omisiones de la demanda que hayan pasado este primer examen del juez podrán ser nuevamente planteados, como veremos, en la audiencia preliminar, donde rige el mismo sistema de plazo para una eventual subsanación y sobreseimiento y archivo en caso contrario. Si tales defectos u omisiones procesales con respecto a requisitos a los que la ley supedita la admisión de la demanda fueran advertidos más tarde por el juez entiendo que este deberá en todo caso a exigir esa subsanación, de ser posible, y a proceder en caso contrario al sobreseimiento sin entrar en el fondo del asunto, ya que se trata de cuestiones que afectan al orden público procesal y que, por tanto, pueden ser apreciados de oficio en cualquier momento sin necesidad de denuncia de parte. Así resulta de la regla general contenida en el artículo 12.2 CPC, conforme a la cual *“El juez controla de oficio la concurrencia de todos los presupuestos procesales especificados por la ley, así como la inexistencia de motivos de nulidad, antes de dictar sentencia”*. Si esta apreciación se produce fuera de los momentos en que formalmente está previsto su pronunciamiento al respecto, la actuación del juez se ajustará a la forma que implique la mejor y más rápida consecución de los fines pretendidos por la ley (artículo 7.3 CPC), debiendo escuchar a las partes antes de resolver (artículo 4 CPC). La única limitación

lógicamente es que ya haya resuelto expresamente sobre tales cuestiones, sin que haya habido posteriormente variación de circunstancias, por cuanto que este caso la revisión de su decisión está prohibida por el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales que consagra el artículo 203 CPC, conforme a cual “*los juzgados y tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas*”.

En cualquier caso el artículo acaba con cualquier duda sobre la posibilidad de que el Juez rechace *a limine litis* la demanda por razones de fondo. Si la demanda es formalmente correcta la misma debe ser admitida a trámite salvo que haya un precepto que declare legalmente inadmisibles las pretensiones que se ejercita¹⁸. También podrían rechazarse las demandas por razones de fondo por aplicación de los artículos 2 y 6 CPC cuando se trate de pretensiones absurdas, desprovistas de contenido jurídico valorable, extrañas al campo del derecho o manifiestamente ilegales o inmorales. En estos casos podría entenderse que la inadmisión viene amparada por el artículo 2 cuando la pretensión no pueda incardinarse en dicho precepto entre una de aquéllas que las partes pueden interponer ante los órganos jurisdiccionales o por el artículo 6 cuando de la demanda resulte que se pretende utilizar el proceso para realizar un acto simulado o para perseguir un fin contrario a la ley.

2.- Admisión de la demanda.

a) **Litispendencia.**- Constituye una novedad importante a destacar del Código la regulación específica del momento en que se considera iniciado el proceso y de los efectos que ello produce, lo que se denomina litispendencia. La litispendencia no es otra cosa que el conjunto de efectos materiales y procesales que produce la existencia del litigio. En una ley procesal lógicamente solo interesan los segundos, correspondiendo la regulación y determinación de los primeros a las leyes sustantivas. Establece el artículo 427 CPC que la litispendencia se produce desde el momento en que se presenta la demanda. Resuelve el artículo la polémica doctrinal sobre el momento inicial de la litispendencia, debiendo considerarse definitivamente superada la tesis que sostenía el comienzo de la misma con la contestación a la demanda, partiendo de un concepto de proceso judicial, con base a la tradición derivada del derecho romano, como un cuasicontrato de *litis contestatio* que se perfecciona en ese momento procesal. Como señala GUTIÉRREZ DE CAVIEDES¹⁹, concebido actualmente el derecho de

¹⁸ En el derecho español podemos encontrar un ejemplo en el artículo 42 del Código Civil que ordena taxativamente que no se admita a trámite la demanda en que se pretenda el cumplimiento de una promesa de matrimonio.

¹⁹ “La litispendencia”, R.D.P.R., 1969, núm. 3, pág. 637.

acción como un derecho subjetivo público y si ese derecho se ejercita en la demanda, la relación o institución procesal nacen válidamente con el ejercicio del derecho de acción. Este ejercicio entraña unos derechos del actor frente al demandado y respecto al tribunal, el cual asume la obligación jurídica pública de prestar la tutela que pide.

b) **Perpetuación de la jurisdicción.**- La consecuencia principal de la litispendencia es la prevista en el artículo 428.1 CPC conforme al cual *“las alteraciones o innovaciones que se pudieran producir una vez iniciado el proceso en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa o el objeto del proceso, así como las que introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas, no modificarán la jurisdicción del juez, la competencia o la clase de procedimiento, que se determinarán conforme a las circunstancias existentes en el momento de interponerse la demanda”*. Constituye este precepto una exigencia de la seguridad jurídica y de la lógica que debe presidir cualquier procedimiento. Una vez fijado el juez competente y la clase de procedimiento el hecho de que las partes cambien de domicilio, o cambie la ubicación de la cosa litigiosa o su valor, e incluso la titularidad de la misma, no puede determinar el cambio de juez ni de procedimiento, puesto que de no ser así ello podría dar lugar a un continuo peregrinar de las partes por distintos jueces y procedimiento que harían interminable el litigio.

Es consecuencia también de la litispendencia que consagra el citado precepto que la sentencia debe atenerse al pleito tal y como fue fijado en esta fase inicial. Quiere ello decir que las pretensiones sobre las que puede resolver la sentencia son las inicialmente formuladas y en los términos en que lo fueron.

Se introduce no obstante en el propio precepto (artículo 428.2 CPC) una excepción, la de que como consecuencia de la alteración de circunstancias el litigio quede privado definitivamente de interés legítimo. En este caso la lógica impone que se ponga fin a un procedimiento que ya no tiene objeto mediante la terminación anticipada del procedimiento que estudiaremos más adelante, porque de lo contrario se produciría un derroche de medios y unos gastos que no tendrían sentido alguno.

c) **Inalterabilidad.**- Puesto que la fase de alegaciones tiene como finalidad fijar lo que va a ser objeto del proceso, una vez terminada dicha fase, es decir, una vez presentadas, o transcurrido el plazo para hacerlo, la demanda, la contestación y la reconvenición, no cabe que las partes puedan alterar posteriormente ese objeto. Así lo establece el artículo 429 CPC, que más que tratar la modificación de la demanda, como sugiere su título, lo que establece

es la prohibición general de modificar los escritos de alegaciones de las partes una vez presentados.

Este artículo es una consecuencia del principio de preclusión establecido en el artículo 18.2 CPC conforme al cual “*La actividad procesal debe realizarse dentro de los plazos establecidos legalmente, precluyendo en caso contrario*”. Principio que, a su vez, responde a la necesidad básica de que el proceso siga un orden lógico para que pueda conseguir su finalidad en un plazo razonable.

d) **Excepciones a la inalterabilidad.**- La imposibilidad de modificar la demanda no es sin embargo una regla rígida e inalterable. La invariabilidad del proceso tal y como resulta configurado en la demanda y en la contestación a la demanda, no es tan rígido que no admita excepciones, algunas de ellas de un contenido bastante amplio. No debe olvidarse que en virtud del principio dispositivo que rige el proceso (artículo 10 CPC) el actor podrá siempre desistirse de alguna o algunas de sus pretensiones, o reducirlas, y el demandado allanarse parcialmente en cualquier momento a ellas, lo que indudablemente supone una modificación de sus pretensiones que habrá de ser recogida en la sentencia.

El propio artículo 429, en su apartado 2, se preocupa de aclarar que tal prohibición se entiende sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias en los términos previsto en el Código. Particularmente en la audiencia preliminar pueden plantearse alegaciones complementarias e introducir hechos nuevos, lo que ya analizaremos al estudiar esta fase procesal. Pero fuera de la misma cabe también modificar la demanda mediante a) su ampliación, acumulando pretensiones antes de la contestación a la demanda y b) la introducción de hechos nuevos después de la audiencia preliminar y antes de transcurrir el plazo para dictar sentencia, e incluso después, si bien en este caso habrán de alegarse en la segunda instancia, previa interposición de recurso de apelación (artículo 712.2 d) CPC).

Hay un tercer supuesto de modificación de la demanda que consiste en que en la misma se pueden contener pretensiones dinámicas, es decir, que se alteran por sí mismas por el mero transcurso del tiempo. No hay por tanto una modificación propiamente dicha, sino que el posible cambio futuro de la pretensión ya está previsto en la propia demanda. Analizaremos cada uno de estos supuestos.

a) En otro ejemplo de la falta de simplicidad en el uso del lenguaje el artículo 430 CPC dedica dos apartados a lo que podría haber resuelto en uno. En el primero dice que “*No se permitirá la acumulación de pretensiones después de contestada la demanda*”,

mientras que el segundo dice “*Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas pretensiones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados*”. Parece que el segundo apartado hace innecesario al primero pues si sólo cabe ampliar la demanda para acumular nuevas pretensiones antes de la contestación, ello necesariamente implica que después no puede hacerse.

La norma tiene lógica dentro de la eficacia que se busca para el proceso. Si el actor con posterioridad a la presentación a la demanda le surgen nuevas pretensiones en aras de la economía procesal y de conseguir la máxima eficacia con los mínimos recursos debe poder permitírsele que las introduzca en el proceso si no causan indefensión al demandado. Esta indefensión se evita simplemente empezando a contar nuevamente el plazo para contestar la demanda desde la entrega de la copia de la ampliación de la misma y permitiéndole impugnar la acumulación al contestarla. Por cierto nuevamente hay que criticar que se dedique un apartado en este artículo a esta posibilidad, cuando ya se regula la cuestión en el artículo 434, contenido de la contestación a la demanda, y en el artículo 452, indebida acumulación de pretensiones. Los tres primeros apartados del artículo 430 podían haber quedado perfectamente reducidos a uno breve.

La acumulación de pretensiones deberá ajustarse a los requisitos establecidos con carácter general en el Capítulo I del Título IV del Libro I CPC, artículos 96 a 99, que esencialmente exigen:

- a) que no esté prohibida por la ley
- b) que no se altere la competencia del juez, ni el cauce procedimental
- c) que no sea incompatible la nueva pretensión con la inicial o, en caso de serlo, que se formule de forma eventual
- d) que de dirigirse la acción contra nuevos demandados exista un nexo por razón del título o causa de pedir, que se presume cuando las pretensiones se funden en los mismos hechos.

En lo que afecta a la ampliación en el proceso ordinario de la demanda después de presentada debe destacarse que:

1.- Desde el punto de vista **objetivo** en la regulación que hemos estudiado la acumulación presupone que se mantenga la pretensión inicialmente contenida en la demanda.

2.- Desde el punto de vista **subjetivo** el artículo sólo permite la ampliación de la demanda a nuevos demandados, pero no que se sumen a la misma nuevos demandantes.

Si lo que se desea es sustituir la pretensión inicialmente ejercitada por otra distinta o unir a la demanda las pretensiones de nuevos demandantes, necesariamente el actor

habrá de desistirse y plantear nueva demanda en la que desde un principio proceda a la acumulación que pretende.

En principio ningún obstáculo hay desde el punto de vista de la indefensión para que el demandante alterase su demanda adaptándola a la situación real de sus intereses, siempre que tal modificación pueda ser conocida por el demandado a la hora de contestar su demanda, lo que por otra parte redundaría en beneficio de la economía procesal al hacer innecesario en esos casos la incoación de un nuevo proceso. Sin embargo entiendo que tales limitaciones están claramente establecidas y no pueden ser ignoradas.

Un caso complicado sería aquél en el que el actor, tras acumular una nueva pretensión, se desiste o renuncia en un momento posterior a la primera y pide que se continúe el procedimiento sólo por la acumulada, lo que en la practica podría constituir una forma fraudulenta de eludir la prohibición de modificar la demanda. En principio no es una actuación que esté directamente prohibida por la ley, salvo que se interprete con excesivo rigor la vinculación de la validez de la ampliación al mantenimiento de la pretensión principal, de modo que si se abandona ésta, quede sin efecto aquélla. En mi opinión esta vinculación a perpetuidad no resulta de la ley, siendo una solución más adecuada el que los tribunales examinen en cada caso con detalle si se produce un fraude procesal prohibido por el artículo 6 CPC, aunque con flexibilidad, teniendo en cuenta los motivos del comportamiento del actor, si son o no razonables y comprensibles, y sobre todo si ello provoca algún perjuicio o indefensión a la otra parte.

El artículo parece supeditar en principio el rechazo de la acumulación a la oposición del demandado, lo que se mantiene en el artículo 452, como más adelante veremos. Sin embargo si la acumulación no fuera posible por ser contraria a la ley, alterar la competencia o el cauce procedimental, entiendo que sería de aplicación el apartado 4 del artículo 96 CPC, de modo que el juez puede y debe rechazar de oficio la ampliación, sin dar traslado de ella al demandado en estos casos, y desde luego puede hacerlo también de oficio en la audiencia preliminar si se detecta en ese momento el problema, al tratarse de cuestiones que afectan al orden público procesal.

Igual apreciación de oficio cabría, entiendo yo, en el caso de pretensiones incompatibles que no se formulen de forma eventual, puesto que ello impediría un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, si bien en este caso cabría la subsanación otorgando un plazo al actor para que las formule de modo eventual. El actor tendría que renunciar a la ampliación o formular ésta en forma subsidiaria, pero no creo que sea posible a la vista de la redacción del artículo 430 que renuncie a la pretensión inicialmente ejercitada o la convierta en

subsidiaria. Por tanto la única acumulación que puede quedar supeditada a la oposición del demandado es la apreciación de falta de nexo entre las pretensiones de tratarse de una acumulación subjetiva de demandados.

Finalmente, la ampliación de la demanda por acumulación de pretensiones, conlleva el que se presenten los anexos que exija dicha ampliación conforme a los artículos 424 y 425 la nueva pretensión que se ejercita, particularmente en lo relativo a la aportación de documentos, medios probatorios y dictámenes periciales.

b) El artículo 431 regula la introducción de hechos nuevos una vez que haya finalizado el plazo para realizar alegaciones y en su apartado 1 establece al respecto que *“En caso de que los plazos para realizar alegaciones de parte hubieren transcurrido y, siempre antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de un escrito de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto de la audiencia”*.

La presentación de hechos nuevos una vez finalizada la fase de alegaciones, no deja de ser una cuestión polémica. De un lado la eficacia del proceso y la economía procesal parecen exigir que el juez pueda tener en cuenta todos los hechos relevantes para la decisión cualquiera que sea el momento en que se hayan producido o hayan sido conocidos, de modo que pueda dictar una resolución que se ajuste a la realidad y evite la reiteración en el futuro de litigios. Por otra parte tal posibilidad atenta contra la necesidad de que el proceso siga un orden lógico, lo que no ocurriría si se replantearan los hechos controvertidos una vez superada la fase de alegaciones. Una vez más encontramos una innecesaria y asistemática duplicidad de regulaciones ya que las normas del artículo 431 han de completarse con las del artículo 241 en sede de normas generales sobre proposición y admisión de pruebas. El Código trata de conjugar los dos principios a que se ha hecho referencia mediante la aplicación de las siguientes reglas que resultan de esos dos artículos:

1.- De un lado el artículo 431 se refiere a hechos nuevos ocurridos después de transcurridos los plazos para realizar alegaciones. El régimen es distinto según que el hecho haya ocurrido o se haya conocido antes o después de la audiencia. En el primer caso se podrá esperar hasta la audiencia y plantearlo oralmente. En el segundo es preciso el planteamiento por escrito de forma inmediata a su conocimiento. Entiendo que el precepto se refiere a la audiencia preliminar que es el último momento procesal en que se pueden realizar

alegaciones. De acuerdo con el artículo 241.2 CPC el juez debe rechazar mediante auto esta alegación si esta circunstancia no se justificase de manera suficiente. Es preciso por tanto que al alegarse se aporten como mínimo indicios con la suficiente relevancia para otorgar verosimilitud al carácter novedoso del hecho que se trata de alegar o a la circunstancia de no haber podido conocer con anterioridad.

Entiendo que si el hecho ocurre o es conocido después de la audiencia preliminar pero antes de la probatoria, si no es posible la alegación inmediata antes de la misma, cabrá su alegación oral en ella, debiendo presentarse esos indicios y ofrecerse para su práctica inmediata prueba que acredite tanto las circunstancias que impidieron su alegación en el momento procesal oportuno como el propio hecho. En este caso además creo que en aras de la economía procesal no es preciso el dictado de auto por escrito, sino que podrá resolverse oralmente la cuestión en la propia audiencia probatoria. Ello se deriva también del principio de oralidad que consagra el artículo 15 CPC y está autorizado por el artículo 199.2 CPC²⁰.

2.- Ha de tratarse de un hecho relevante para la decisión del pleito. Es decir no basta que tenga relación con el pleito, sino que ha de ser importante, significativo, de modo que el mismo tenga potencialidad suficiente para influir decisivamente en la resolución del litigio. La falta de relevancia podrá justificar igualmente que el juez rechace sin más la alegación de la parte actora.

3.- Ha de darse traslado del mismo a la parte contraria, la cual puede reconocerlo como cierto, en cuyo caso queda incorporado al litigio, o negarlo y hacer las alegaciones que estime pertinentes con respecto al mismo. En este supuesto se admitirá y procederá a la práctica de prueba si fuere posible. Sólo será posible cuando se alegue antes de la audiencia probatoria o en el curso de la misma en cuyo caso, como ya se ha indicado, el actor deberá haber tomado las medidas oportunas para que en ese mismo acto se practique la prueba que tenga del hecho nuevo. No parece que esta alegación pueda justificar una suspensión de la audiencia probatoria para la práctica de la prueba.

En caso de que no pueda practicarse la prueba en la audiencia probatoria, la única posibilidad que queda al actor es pedir la prueba en la segunda instancia en un eventual recurso de apelación, si concurren los requisitos necesarios para ello.

²⁰ “Los autos que deban emitirse durante el desarrollo de las audiencias se podrán dictar oralmente, expresándose en el acta por el secretario una mínima fundamentación de los mismos, asegurándose al mismo tiempo que de los hechos y razones jurídicas que los han motivado ha quedado cumplida constancia en la grabación”.

Creo que la aplicación de esta posibilidad de introducción de hechos nuevos fuera del plazo de alegaciones debe ser admitida por los tribunales con un carácter sumamente restrictivo dadas las perturbaciones que introduce en el orden lógico del proceso y las dilaciones a que puede dar lugar. La relevancia para la decisión del pleito debe pues ser clara y manifiesta. El legislador, consciente de las dilaciones indebidas a que puede dar lugar el abuso de esta posibilidad, así como la puerta que abren estos preceptos a maniobras fraudulentas, trata de prevenirlo y de poner un freno estableciendo una sanción en el artículo 241.3 CPC para el caso de que el juez, al desestimar la incorporación del hecho nuevo, aprecie ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación del mismo.

c´) El apartado 4 del artículo 430 dice literalmente: *“Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, se podrá instar en la demanda la condena a los que se devenguen con posterioridad al momento en que se presentó, y la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los que se devenguen después de dictada y hasta su total ejecución”*. Una vez más existe una duplicidad de artículos que regulan la materia puesto que el artículo 480.2 CPC dice lo mismo con otras palabras²¹.

La petición de que junto a la condena al pago del principal se paguen también los intereses legales o pactados ha venido siendo siempre admitido en la practica sin problemas, en incluso está previsto en la legislación vigente expresamente la posibilidad de conceder el pago de intereses cuya determinación se haga en ejecución de sentencia²². En el caso de los intereses no puede considerarse por tanto propiamente que nos encontremos en un supuesto de condena de futuro.

La novedad del artículo consiste en la posibilidad de que se condene al pago de prestaciones periódicas que se vayan devengando con posterioridad a la presentación de la demanda, tales como pago de rentas o alquileres o la cantidad que para cubrir gastos ha de pagarse mensualmente en una comunicad de propietarios. Es decir abre este precepto la posibilidad de emitir condenas de futuro. Como señala SANJUAN ALBACETE²³ las condenas de futuro presentan como ventaja fundamental el conceder al acreedor un título ejecutivo para reclamar las prestaciones aún no incumplidas (su vencimiento no ha llegado aún), pero es

²¹ “Cuando se pretenda la condena al pago de prestaciones o de intereses que se devenguen periódicamente, la sentencia podrá incluir pronunciamiento obligando al pago de las que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte, siempre que así lo solicitara el actor en la demanda”.

²² CPC 1906 **Artículo 191**. Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

²³ “Las condenas de futuro y la reclamación de cuotas comunitarias”, El Derecho Editores, noviembre de 2001, Boletín de Propiedad Horizontal El Derecho, nº 13, pág. 2

previsible que el deudor las incumplirá (ya ha incumplido todas o algunas de las ya vencidas antes de dictar sentencia), y vienen fundándose en razones preventivas o de aseguramiento del derecho invocado, el respeto al principio de economía procesal y la evitación de una innecesaria repetición de litigios. Continúa diciendo dicho autor que es el momento de la interposición de la demanda el que determina el carácter actual o futuro de las prestaciones, calificando como acciones de condena de futuro a las que reclaman prestaciones periódicas vencidas durante la pendencia del proceso y, por tanto, no vencidas al presentar la demanda.

Plantean las peticiones de condena de futuro varios problemas. En primer lugar la incertidumbre que en materia probatoria supone para el demandado el tener que acreditar permanentemente a lo largo del proceso el estar pagando las prestaciones que vencen periódicamente, lo cual puede plantearle problemas con respecto a las que vengán con posterioridad a la audiencia preliminar. De todas formas en caso de condena, el demandado siempre podrá oponer en la eventual ejecución de la sentencia, el pago de las prestaciones que se le reclaman. En todo caso, para la estimación total de la demanda es suficiente el que se acredite el impago de las cantidades pendientes en el momento de la presentación de la misma. El hecho de que el demandado pague las cantidades que vayan venciendo posteriormente y lo acredite no supone estimación parcial de la demanda. La petición del actor de que se condene también al pago de las prestaciones periódicas que se vayan devengando con posterioridad se hace para la eventualidad de que el demandado no pague, por lo que su pago lo que hace es dejar sin contenido la petición, pero no supone desestimación parcial de la demanda. De todas formas admito que la cuestión no deja de ser discutible. Es más, aún cuando el demandado pague no impide al menos teóricamente que el actor mantenga su petición de que se condene al pago de las futuras a la vista de su comportamiento pasado, de manera que no tenga que acudir a un nuevo proceso en el caso de incumplimientos futuros.

Ello plantea el tema de la ejecución de la sentencia que contenga una condena de futuro. En el caso de los intereses determinar el momento inicial y final de la obligación de pagarlos es relativamente fácil. El momento inicial vendrá dado por lo pactado o por la reclamación judicial o extrajudicial del principal y el momento final por el pago de dicho principal. Sin embargo en las prestaciones periódicas propiamente dichas la cuestión es más compleja puesto que, en definitiva, puede que la obligación de pagar periódicamente una cantidad se prolongue durante un espacio de tiempo considerable con posterioridad al dictado de la sentencia. En este caso ¿habrá que mantener abierta de forma permanente la ejecución mientras que tal obligación no cese? o, por el contrario, ¿deberá abrirse una nueva ejecución por cada prestación impagada tras el dictado de la sentencia?

En un estudio hecho por MAGRO SERVERT²⁴ constata como la cuestión entre los magistrados españoles no es pacífica con respecto a la viabilidad de la ejecutoria civil de forma permanente para poder ir acumulando en ella la reclamación de todas y cada una de las prestaciones de pago periódico que se fueran devengando, de modo que sea posible que el acreedor de las prestaciones periódicas futuras que son objeto de condena inste sucesivamente, cuantas veces quiera, en ejecución de sentencia, el despacho de ejecución de aquellas prestaciones cuyo pago resulte exigible por la llegada del tiempo previsto en el título ejecutivo.

Existen posiciones que sostienen por el contrario que no es viable que pueda quedar abierta la ejecutoria civil de forma permanente para poder ir acumulando en un único proceso de ejecución todas y cada una de las prestaciones de pago que resten, de manera que liquidada la deuda principal reclamada en la demanda, no es posible ampliar la ejecución a sucesivos vencimientos, tesis que puede tener apoyo en el artículo 800 CPC en cuanto que parece permitir la ampliación de la ejecución con respecto a los vencimientos que se produzca mientras no se haya pagado que originó el despacho de ejecución.

Sí encuentra dicho autor por el contrario unanimidad con respecto a que el cauce procesal de la fijación de las prestaciones periódicas se articularía mediante demandas ejecutivas sucesivas.

Una última cuestión examinada en ese estudio es la de si, obtenida la condena al pago de prestaciones periódicas futuras, sería posible acudir a una reclamación nueva por el impago que se haya producido. Al respecto se mantienen diversas posturas, una primera que defiende que el cobro judicial de las prestaciones periódicas futuras ya vencidas sólo puede obtenerse mediante presentación de demanda ejecutiva. Otra que aboga por el procedimiento de las cuestiones incidentales. Y una última que sostiene que si durante el proceso de ejecución se modifica alguna de las circunstancias que identifican a la obligación generadora de prestaciones periódicas, en ese caso, para no causar indefensión al demandado, sólo será posible iniciar un proceso declarativo. En mi opinión esta última es la más acertada. Es decir, extinguida, y sustituida por otra, o modificada de cualquier forma la relación en la que se basaba la prestación periódica, la condena deja de tener eficacia y es necesario en caso de controversia en la nueva relación contractual el planteamiento de un nuevo litigio.

En definitiva, de nuevo se ataca el principio básico de que el proceso ha de seguir un orden lógico en aras de la economía procesal, dando lugar con ello a situaciones

²⁴ “Cauces procesales para la reclamación de pago de intereses y prestaciones periódicas: art. 220 LEC. Foro abierto”, Vicente Magro Servet, El Derecho Editores, julio de 2.005, Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2, página. 6.

potencialmente complejas en la práctica, cuya solución no siempre será fácil. Cabría replantear si las ventajas que ofrecen las condenas de futuro compensan las dificultades que suscitan en la práctica y si no sería conveniente para reducir al mínimo estas dificultades introducir en la regulación de las mismas al menos limitaciones temporales claras.

e) Interrupción de la prescripción.- Mención aparte merecen los efectos de la demanda sobre la interrupción de la prescripción que se regulan en el artículo 427.2 CPC. Debe señalarse en primer lugar que se trata de un efecto sustantivo o material cuya regulación no parece apropiada en una norma procesal.

Tal efecto se producirá *“salvo que el demandante desista de la demanda, o abandone el proceso o se dicte sobreseimiento en cualquier instancia o recurso”*. A la vista de la naturaleza y sentido de la institución, parece que en esos supuestos debería reiniciarse el cómputo de la prescripción. Sin embargo de la literalidad del precepto lo que se parece querer decir es que esos supuestos tienen el efecto retroactivo de anular la interrupción de la prescripción, de manera que puede darse el caso de que el desistimiento, abandono del proceso o el sobreseimiento den lugar de modo automático a la prescripción del derecho, si durante el tiempo transcurrido entre la interposición de la demanda y los hechos que ponen fin al proceso aquélla se hubiera consumado.

Parece que el legislado trata de evitar que se utilice el proceso como un simple medio para interrumpir la prescripción y se establece una especie de sanción o consecuencia negativa para aquéllos que, una vez iniciado, no lo sigan hasta su terminación por una resolución que resuelva sobre el fondo del asunto.

III.- LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y LA RECONVENCIÓN

La contestación a la demanda es un acto de alegaciones menos problemático que la demanda, puesto que parte de ésta. Es decir el demandado no formula pretensiones al contestar la demanda, sino defensas o excepciones en virtud de las cuales niega el derecho del actor o la obligación por su parte de realizar un determinado comportamiento fundado en ese derecho, bien por no existir los hechos en que el actor funda su pretensión, bien por existir otros hechos que desvirtúan su derecho o que, aún no negándolo, eximen legalmente al demandado del comportamiento que se le pide. Por tanto la contestación a la demanda normalmente no amplía el objeto del proceso, pero si lo delimita en tanto en cuanto que la controversia queda

reducida a aquello en que discrepen las partes, o puede extenderla a otros hechos que introducen facetas nuevas sobre el objeto litigioso sin alterarlo sustancialmente. En todo caso la contestación va dirigida única y exclusivamente a obtener la absolución del demandado o, lo que es lo mismo, la desestimación de las pretensiones deducidas por el actor en su demanda.

A. El emplazamiento.- El artículo 432 CPC ordena que, una vez admitida la demanda, se entregue copia de la misma y de sus anexos a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que la contesten dentro de los treinta días siguientes. Dada la naturaleza de la contestación a la demanda es requisito lógico el conocimiento previo por el demandado de la demanda y un tiempo razonable para estudiarla antes de contestar.

La posición del demandado suelo ser inferior a la del actor, porque mientras que éste ha tenido normalmente el tiempo que ha precisado para elaborar y preparar su demanda, el del demandado para contestarla es limitado, lo que puede plantear serios problemas en litigios de contenido complejo y dificultoso. Esta menor disponibilidad de tiempo puede ser una circunstancia a tener en cuenta para admitir la presentación de documentos o medios probatorios en un momento posterior a la contestación a la demanda, siempre que se anuncien en la misma en los supuestos del artículo 287.3 c) CPC y parece que es lo que está contemplando el legislador con respecto a la aportación de dictámenes privados en el artículo 318 CPC.

En cuanto a ese plazo para contestar el apartado 2 del artículo 432 CPC regula el supuesto especial de que los demandados fueran varios y se hallaren en diferentes circunscripciones judiciales, en cuyo caso el tiempo del emplazamiento se computará para todos tomando en cuenta el último de los realizados.

Nada prevé el precepto para el caso de que los demandados sean varios y se encuentren en la misma circunscripción judicial. En este caso será de aplicación la regla general contenida en el artículo 124.1 CPC, de modo que el plazo empezará a correr para cada demandado desde el día siguiente a aquél en que haya sido emplazado. Esta restricción no tiene mucho sentido puesto que no acorta en absoluto la duración del proceso dado que de todas formas hay que esperar a que transcurra el término para el último de los emplazados antes de pasar a la fase siguiente. Quizás hubiera sido más adecuado para favorecer la correcta constitución de la litis ampliar el plazo para todos como se hace cuando los demandados pertenezcan a distintas circunscripciones.

Ahora bien, entiendo que si todos los demandados contestan la demanda conjuntamente y bajo la asistencia de un solo profesional del derecho será válida la presentación de esa contestación mientras no haya transcurrido el plazo desde el último de los

emplazamientos realizados de entre aquéllos que afecten a los demandados que figuren en la contestación a la demanda. Hay que tener en cuenta que por disposición del artículo 87.1 CPC cuando diversas personas constituyan una sola parte, lo que ocurrirá con respecto a los demandados cuando la causa de pedir sea común a todos ellos, es obligatorio que actúen conjuntamente y bajo la dirección de un solo profesional del derecho. Pero aún cuando no exista esa obligatoriedad, sino que voluntariamente se opte por contestar conjuntamente no veo razón alguna de entidad para dar validez a la demanda presentada dentro del término del último emplazamiento, interpretación que es la que más favorece la protección del derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente el apartado 3 prevé que se pueda hacer el emplazamiento al profesional del derecho que tuviera facultad para ello o cuando se hubiere personado en juicio. Parece contener el precepto una matización importante al artículo 139.1 CPC por cuanto que de este precepto resulta que, en principio, el primer emplazamiento o citación al demandado ha de hacerse por remisión al domicilio de éste. Sin embargo el artículo 139.1 CPC correctamente entendido regula las situaciones de actos de comunicación con partes que carecen de profesional del derecho. Si la parte ya estuviera personada antes del emplazamiento, entonces el entender el mismo con el profesional sería válido sin necesidad de que lo reiterase el artículo 432.3 CPC en virtud de lo dispuesto en los artículos 137.1 a) y 138 CPC, preceptos que son un tanto reiterativos.

Si no resulta una situación normal ni frecuente una personación del demandado con profesional del derecho antes de ser emplazado, más infrecuente es que tenga un profesional del derecho con facultades para ser emplazado y que tal circunstancia, a pesar de no haberse personado el demandado, sea conocida por el actor o el tribunal. No obstante puede haber tenido conocimiento de la existencia del proceso o de la intención de demandarle por una vía distinta al emplazamiento (por una diligencia preparatoria por ejemplo) y haber tomado la decisión de designar, por encontrarse en el extranjero o por cualquier otra circunstancia, un profesional que pueda personarse en el procedimiento y recibir el emplazamiento y comunicarlo así al actor, en cuyo caso este deberá indicarlo en la demanda, o al tribunal que conozca del asunto.

B. Contenido de la contestación a la demanda.- El contenido de la contestación a la demanda está regulado en dos artículos. El primero de ellos, el 433 CPC, contestación a la demanda, no tiene mucho sentido, puesto que lo que en él se dice se reitera nuevamente en el apartado 1 del siguiente. Lo único que parece añadir es la mención expresa de la necesidad de acompañar los anexos a la demanda, lo que se podría haber añadido a ese apartado 1, si de

verdad se consideraba imprescindible señalar este extremo y ahorrar así un artículo innecesario. En su conjunto ambos artículos no son muy sistemáticos y detallados y regulan de forma bastante desordenada e imprecisa esta cuestión.

Dice el artículo 433 y reitera el apartado 1 del artículo 434 CPC, titulado más correctamente contenido de la contestación a la demanda, que esta se redactará en la forma prevenida para ésta, con iguales requisitos y anexos. Esta remisión a los artículos 424 y 425 habrá que entenderla con matices. Obviamente habrá que sustituir donde pone demandante por demandado, y son inaplicables los apartados d) y g) del artículo 424 y el apartado 3 del artículo 325. Los demás apartados son objeto de matizaciones importantes en el texto del segundo artículo, si bien lo que en definitiva quiere decir el legislador no es otra cosa sino que tiene que reunir la misma claridad y precisión que la demanda en cuanto a hechos y argumentos jurídicos, de modo que pueda saberse con seguridad tras la lectura de la misma cuales son los puntos concretos en los que se discrepa de la demanda, y con cuales otros se coincide en su caso, y las razones y motivos de la discrepancia. Como señala MUÑOZ JIMÉNEZ²⁵ el demandado se ve en la necesidad de concentrar en la contestación a la demanda el empleo de todas las excepciones que considere oponibles, por más que puedan resultar contradictorias entre sí, como ocurre cuando se alegan al tiempo hechos impeditivos (que niegan la válida constitución de la obligación) y extintivos (que niegan su subsistencia). Continúa diciendo ese autor que se trata del fenómeno de la acumulación eventual de excepciones, por virtud del cual el demandado aduce sus defensas en régimen de escalonamiento.

Como ya hemos indicado el 434 expone el contenido de la contestación de forma desordenada. Un criterio útil sobre el orden en que han de exponerse las excepciones puede ser el de seguir aquél que la ley establece para su examen en la audiencia preliminar. De acuerdo con ello el demandado deberá exponer en su escrito en primer las excepciones procesales y todo lo que pueda en definitiva suponer un obstáculo para la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia de fondo. Entre estas excepciones procesales se encuentra sin duda alguna la oposición a la acumulación de pretensiones que eventualmente haya llevado a cabo el actor, cuestión que ya hemos comentado antes. Estas excepciones procesales serán resueltas en la audiencia preliminar, pero en ella no podrá alegar nuevas excepciones, salvo aquéllas que el órgano judicial tiene potestad para apreciar de oficio por afectar a cuestiones de orden público procesal.

Debe destacarse también que la declinatoria de acuerdo con el artículo 45.1 CPC deberá proponerse dentro de los cinco primeros días del plazo para contestar la demanda,

suspendiendo el plazo para contestar la demanda hasta su resolución. Ello responde a la lógica de la falta de utilidad de contestar a la demanda ante un juez al que no se considera competente, mientras tal cuestión no sea aclarada.

Seguidamente el demandado deberá exponer las excepciones materiales que tuviere por conveniente. Estas excepciones se estructurarán de forma parecida a las pretensiones de la demanda. Deberá alegar en primer lugar los hechos de que nacen las mismas. En esta exposición de hechos pone énfasis el artículo en que el demandado se pronuncie expresamente sobre los aducidos por el actor. No basta una mera negativa genérica, sino que es preciso que se afirmen o nieguen los hechos de forma concreta y precisa. La razón no es otra que poder determinar con facilidad cuales hechos precisan actividad probatoria. Por tanto la exposición de hechos deberá ser correlativa, en lo posible, a la de la demanda, sin perjuicio de añadir aquellos otros hechos que el demandado considere relevantes para oponerse a las pretensiones del actor.. La sanción a la ambigüedad frente a los hechos alegados por el actor es la posibilidad de que el tribunal pueda considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como aceptación tácita de los hechos que le sean perjudiciales. No obstante el juez antes de utilizar esta facultad un tanto drástica debe intentar aclarar esta cuestión en la audiencia preliminar. Si ni aún en ella pudiera hacerlo, en mi opinión no debe vacilar en aplicar esta facultad por cuanto que una actitud ambigua o dudosa tan persistente y reiterada, no sólo ataca a la claridad y rapidez del proceso, sino que conlleva una fuerte presunción de veracidad a favor del actor.

Tras los hechos el demandado deberá exponer los fundamentos jurídicos de su oposición. En este punto deben realizarse similares consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* que ya se hicieron con respecto a la fundamentación jurídica de la demanda. Resumiendo, ha de reiterarse que es preciso que las excepciones queden delimitadas con seguridad y certeza y para ello bastará normalmente con que queden expuestos los hechos en que se fundan de forma clara y precisa. En ocasiones sin embargo tal delimitación no será posible sin concretar la relación jurídica en que se basa la excepción. Así por ejemplo el demandado puede oponerse a una acción en la que se le reclama el pago de una deuda, alegando que ya la ha pagado, hecho cuya fundamentación jurídica puede ser suplida por el tribunal en virtud del mencionado principio *iura novit curia*. Sin embargo si la acción ejercitada pro el actor pretende reivindicar frente al demandado una propiedad y éste se opone alegando que el verdadero propietario es él, tal alegación no será suficiente si no concreta el fundamento jurídico de su propiedad. No es lo mismo alegar, por ejemplo, que se adquirió por compraventa al actor, que aducir que se ha adquirido por prescripción adquisitiva. El juez no puede utilizar

²⁵ Obra citada, pág. 202

uno u otro argumento jurídico si los mismos no han sido oportunamente alegados, porque en caso contrario se apartaría de la causa de pedir, o mejor dicho en relación con la contestación a la demanda, de la causa de oposición esgrimida por el demandado.

La petición de la contestación a la demanda es sumamente sencilla y se reduce en todos los casos a que el proceso termine sin estimar las pretensiones del actor, bien por apreciar excepciones procesales, en cuyo caso normalmente deberá terminar por auto de sobreseimiento y archivo, bien por razones de fondo, supuesto en el deberá dictarse sentencia absolviendo al demandado. Cualquier otra petición que se haga excede los límites propiamente dicho de la contestación a la demanda *strictu sensu* y entre dentro del campo de la reconvencción.

En cuanto a los anexos de la demanda, debe entenderse, como ya se ha indicado, que el anexo 3 del artículo 425, poder para iniciar el proceso, es obviamente innecesario salvo que se formule reconvencción, en cuyo caso será preciso ese poder cuando para ejercitar la acción que implica la reconvencción el demandado actúe en representación del titular del derecho y precise una autorización específica para ejercitarla.

En orden al apartado 5 de ese mismo artículo, sólo será preciso aportar documentos en orden al valor de la cosa litigiosa a efectos de competencia y procedimiento cuando se vaya a cuestionar lo alegado por el actor en este sentido o cuando se formule reconvencción.

Finalmente, en cuanto a los medios probatorios, cabe recordar que no existen normas específicas con respecto a la aportación de documentos y medios asimilados por el demandado, al que serán de aplicación los artículos 287.1 (obligación de presentar los documentos en que funde su derecho con la contestación a la demanda) y 287.3 c) (obligación de anunciar los que no haya podido aportar), regla esta última que, como ya hemos dicho, debe ser aplicada con mayor flexibilidad al demandado a la vista del limitado tiempo que tiene para contestar la demanda. La regla del artículo 287.2 (aportación en la audiencia preliminar de los documentos cuya necesidad resulte de la contestación a la demanda), entiendo que no es aplicable a la contestación a la demanda, de modo que el demandado solo podrá utilizar esta facultad cuando formule reconvencción y siempre que la necesidad de dichos documentos resulte de la contestación a la reconvencción.

En orden a los dictámenes periciales privados sí existe una norma específica cual es el artículo 318 CPC. En este artículo se otorga de forma no excesivamente justificada un trato diferente al demandado frente al actor. El artículo 317, como ya hemos visto, exige al actor que no aporte con la demanda el dictamen pericial privado que justifique “que fue imposible tenerlo a disposición el tiempo máximo de presentación de la demanda”, en cuyo caso el juez podrá

autorizar si no ve en ello indefensión para el demandado que lo presente antes de la audiencia preliminar.

El artículo 318 limita la justificación, por razones obvias, a la imposibilidad de hacerlo en el plazo para contestar la demanda. No exige en este caso autorización del juez previo examen de la posible indefensión del actor, pero si obliga a que se presente con cinco días de antelación a la audiencia preliminar. No se entiende muy bien, y atenta contra el principio de igualdad que consagra el artículo 5 CPC, el que se exija al demandado un plazo que no se impone al actor. Más bien al contrario podría si acaso justificarse el exigir este plazo al actor y no al demandado, ya que aquél dispone siempre de más tiempo que el demandado por la dinámica del proceso.

En cuanto a los restantes medios probatorios, al igual que señalamos para la demanda, es optativo para el demandado anunciarlos en su escrito de contestación o proponerlos en la audiencia preliminar por las razones que ya se han explicado.

C.- La reconvencción.- La reconvencción, en esencia, no es otra cosa que el ejercicio de una acción o pretensión por parte del demandado contra el actor. Si antes decíamos que el demandado en su contestación a la demanda no puede pedir otra cosa que la desestimación de las pretensiones del actor, estaremos en presencia de una reconvencción cuando además pide algo frente al actor distinto al mero rechazo de la demanda. Por tanto mientras que la contestación a la demanda, aunque puede introducir hechos nuevos que delimiten o complementen los alegados por el actor, pero sin extender su objeto, la reconvencción amplía el objeto del proceso trayendo al litigio una controversia nueva.

En definitiva la reconvencción es una demanda que ejercita el del demandado, que pasa a ser actor reconviniendo, frente al actor, que se convierte a estos efectos en demandado reconvenido, y como tal demanda produce todos los efectos procesales que ya hemos estudiado, en particular la litispendencia, obliga a al apertura de un trámite de emplazamiento y contestación, si bien la falta de contestación del actor no da lugar a su rebeldía, puesto que ya está personado en el proceso, rebeldía, que sí se puede producir si posteriormente el actor se ausenta del proceso.

Como señala MÁRQUEZ ROMERO²⁶ más que en una idea de justicia esencial o de igualdad entre los litigantes, la reconvencción se funda en el principio de economía procesal. Se trata primordialmente de evitar, continúa diciendo dicho autor, de evitar la inútil e innecesaria repetición de trámites o actuaciones cuando es posible en un mismo proceso resolver

distintas controversias relacionadas y que afectan a unas mismas partes. La reconvencción no es en definitiva más que un supuesto de acumulación objetiva de acciones y tiene el mismo fundamento que cualquier acumulación, el de que no hay razón para que, pudiendo evitarlo, se obligue a los sujetos a iniciar para cada pretensión un proceso separado. Por la misma razón que se permite al actor deducir todas las acciones que tenga contra el demandado, puede el demandado a su vez promover en el mismo proceso las acciones que tenga contra el actor.

Ahora bien, es indudable que frente a esta ventaja, tiene el inconveniente de aumentar la complejidad del proceso, con lo que ello conlleva de aumento en el tiempo de tramitación y solución del mismo, pudiendo darse incluso el caso de una utilización malintencionada de la reconvencción por parte del demandado con la específica finalidad de embrollar y retrasar el éxito de la acción contra el dirige el actor. Por esta razón es por la que la ley establece límites subjetivos y objetivos que eviten que las ventajas de la institución se vean desbordadas por los posibles inconvenientes.

Requisitos.- A esta institución se dedican los artículos 435 a 439 CPC, en el mismo capítulo en el que se regula la contestación a la demanda.

El artículo 435 fija los límites subjetivos y objetivos de la reconvencción. Desde el punto de vista subjetivo la reconvencción deberá dirigirse contra el demandante. Sin embargo constituye una novedad del Código el que se permita que pueda dirigirse al mismo tiempo contra sujetos no demandantes cuando puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvenicional. Por este lado por tanto el Código amplía el campo de la reconvencción. Un ejemplo, muy frecuente en la practica española, es cuando quien se ve demandado por los daños sufridos por el actor en un accidente, contesta negando ser el responsable y reconviene al considerar que esa responsabilidad recae sobre el actor reclamándole a su vez los daños sufridos ene se mismo accidente, reconvencción que puede y suele dirigirse también contra la compañía aseguradora del actor.

Desde el punto de vista objetivo exige el Código que exista conexión entre las pretensiones de la reconvencción y las que sean objeto de la demanda. Constituye este requisito de la conexidad objetiva una novedad con respecto al Código de Procedimientos Civiles de 1.906. En éste, al igual que en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 española, sólo se exigía la conexión subjetiva, es decir que la reconvencción se dirigiera contra el demandante, pero el demandado podía esgrimir sin ninguna cortapisa cuantas acciones tuviera contra el actor.

En el derecho europeo comparado la mayoría de las legislaciones exigen el requisito de la conexión objetiva, destacando al respecto, la legislación alemana e italiana,

²⁶ Pedro MÁRQUEZ ROMERO, “La reconvencción”, editorial Comares, Granada 1994.

exigiéndose un vínculo o dependencia con el título deducido por el actor o con el título que ya pertenece al pleito principal como medio de excepción²⁷, exigencia que ha adoptado en un texto idéntico al del Código Procesal Civil la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 española²⁸.

Podemos definir la conexidad objetiva como la exigencia de que la pretensión principal y la reconventional deriven de la misma relación jurídica que ligue a las partes o que sea causa u origen de la otra. Existirá esta conexidad cuando el arrendatario a quien se reclama el pago de la renta, reconvenga pidiendo el cumplimiento de la obligación de mantener el inmueble en condiciones de uso; otro ejemplo puede ser el del comprador a quien se le reclama el pago, reconvenga exigiendo el cumplimiento de otro contrato de compraventa que concertó con el actor y cuyo cumplimiento era requisito previo para que tuviera efectividad el que se reclama en la demanda.

En cuanto a los requisitos formales, la reconvencción debe exponerse en el mismo escrito en el que se contesta la demanda, pero con la debida separación y ajustándose como es lógico, puesto que al fin y al cabo es una demanda, a la forma y requisitos exigidos para la demanda, expresando con claridad lo que se pretende obtener. Por tanto tras contestar el demandado la demanda y formular la petición de desestimación de la misma, acto seguido, bajo una rúbrica diferenciada, ha de exponer los hechos y fundamentos jurídicos de la reconvencción, y la petición que se basa en los mismos, si que quepa por tanto la reconvencción implícita, dado que si no se formula aisladamente no podrá tenerse por interpuesta. Coherentemente con el concepto que se ha expuesto de reconvencción, el Código exige no solo la formulación separada, sino además que la petición con la que la misma termina sea algo más que una mera solicitud de que se absuelva al demandado de la demanda, puesto que en este caso no existiría reconvencción propiamente dicha.

Una vez admitida a trámite la reconvencción, de acuerdo con el artículo 437, se dará traslado de la misma al demandante reconvenido y a los terceros demandados, los cuales podrán contestarla en el plazo de treinta días a partir de la notificación, siendo de aplicación lo dispuesto para la contestación a la demanda, por lo que damos aquí por reproducido lo que dijimos en su momento con respecto a la misma. Puede ocurrir que el Juez, en la resolución en que tenga por contestada la demanda, ni diga nada sobre la reconvencción. La solución en este caso no puede ser otra que la de entender denegada tácitamente la reconvencción, de modo que el

²⁷ Pedro MÁRQUEZ ROMERO, obra citada, página 120.

²⁸ Artículo 406.1: “Al contestar la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen frente al demandante. Sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal”. La redacción es idéntica a la del artículo 435.1 CPC.

demandado debe recurrir la resolución para que se admita la misma y se le de el trámite procesal adecuado. Si no se interpone este recurso, la reconvencción debe tenerse por no admitida a trámite y, consecuentemente, no cabe resolver sobre la misma en la sentencia. Lo contrario generaría indefensión para el actor al no haber tenido oportunidad de contestar la reconvencción. Por otro lado tampoco cabría nulidad de actuaciones al no haber agotado el demandado los recursos previstos en la ley contra la resolución generadora de la misma.

La remisión a las normas de la contestación ha planteado la duda de si los demandados reconvenidos pueden a su vez plantear reconvencción. En mi opinión el actor desde luego no puede hacerlo puesto que con ello infringiría la prohibición de acumular pretensiones a su demanda una vez contestada esta, prohibición que no pierde validez por el mero hecho de que el demandado formule reconvencción.

Con respecto a otros sujetos no demandantes que han sido demandados en la reconvencción, no cabría admitir la reconvencción en tanto en cuanto tienen una posición subordinada a la del actor, por lo que sería ilógico otorgarles derechos que éste no tiene; por otra parte entiendo que la conexión debe mantenerse siempre con respecto a la acción principal ejercitada en la demanda, lo que haría sumamente improbable que estos demandados ajenos a la acción principal pudieran en la practica ejercer algún tipo de pretensión conexa.

En cualquier caso no creo que deba admitirse esta posibilidad por atentar contra el orden lógico del proceso, el principio de simplicidad del mismo y, sobre todo, el de economía procesal. Como señala MÁRQUEZ ROMERO²⁹, de admitirse esta posibilidad se crearía una cadena interminable que originaría una confusión y entorpecimiento evidente del proceso en perjuicio del principio de economía procesal que constituye, en definitiva, el fundamento de la institución. En conclusión, la remisión a las normas de la contestación debe entenderse en sentido estricto, sin incluir los artículos que ese capítulo dedica a la reconvencción.

Admitida a trámite expresamente la reconvencción, la consecuencia, de acuerdo con el artículo 436.2 CPC, es su substanciación en el mismo procedimiento que la demanda y su resolución junto con ella en una sola sentencia.

D.- Excepción de compensación.- No siempre es fácil distinguir cuando estamos en presencia de una mera excepción o cuando nos encontramos ante una verdadera reconvencción. Ya hemos visto que el criterio es tan relativamente sencillo como el de que el demandado pida sólo la desestimación de la demanda o pida a su vez algo más frente al actor.

Sin embargo, en ocasiones, con el sólo propósito de obtener la desestimación de la demanda y su absolución, el demandado se ve obligado a pedir al tribunal un pronunciamiento sobre una determinada relación jurídica. Se da este caso, cuando se reclama una deuda, el demandado pide que se le reconozca a su vez un derecho de crédito frente al actor y la compensación de ambas deudas.

Estos supuestos han generado muchas dudas sobre cuando constituyen una mera excepción y cuando una pretensión autónoma de la que se debe dar traslado al actor. El Código Procesal Civil elude la polémica doctrinal y termina con ella otorgándoles simplemente de forma expresa un tratamiento idéntico al de la reconvencción propiamente dicha.

Así el artículo 438, en relación con la excepción de compensación, establece que *“Cuando el demandado hiciera uso de la excepción de compensación de crédito líquido frente al petitorio de condena al pago de cantidad de dinero, se entregará copia de la contestación de la demanda al demandante a los solos efectos de que pueda alegar sobre esa excepción en la forma prevista para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no a la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. La sentencia que recaiga pondrá fin al juicio”*.

El Código pone fin a la confusión imperante en estas materias, otorgándoles un tratamiento unitario tanto si se formulan por vía de reconvencción como de excepción. No se entiende muy bien sin embargo la frase *“la sentencia que recaiga pondrá fin al juicio”* con la que termina el artículo 438. En la regulación española que inspira el Código lo que se dice es que lo que se resuelva sobre estos puntos tendrá fuerza de cosa juzgada³⁰. Entiendo que ésta es la interpretación que habrá que darle a esta confusa frase, es decir, que no cabrá plantear ulteriores litigios sobre las mismas cuestiones.

E.- Alegación de nulidad del negocio jurídico en que se funda la demanda.-

Iguales circunstancias que en la excepción de compensación concurren cuando el demandado se defiende pidiendo la declaración de nulidad del acto que constituye el fundamento de la pretensión del actor. Este supuesto está regulado en el artículo 439 en los siguientes términos:

“1. Cuando el demandado adujere en la contestación hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la demanda, el actor podrá solicitar contestar a la

²⁹ Obra citada, página 172.

³⁰ Artículo 408.3: “La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada”.

alegación de nulidad en el mismo plazo y forma establecidos para la contestación a la reconvencción.

2. Alegándose la nulidad del negocio jurídico el juez en su sentencia se pronunciará en primer término sobre esta cuestión de fondo y si se desestima resolverá lo demás.”

Una novedad del Código con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2.000 en la que se inspira es que no solo admite la nulidad absoluta, sino también la anulabilidad, con lo que quedan comprendidos todos los supuestos en los que tradicionalmente se planteaba el problema.

A pesar de la distinta redacción de ambos artículos, puesto que en uno aparece como obligatorio el traslado y en otro parece requerir la solicitud previa del actor, entiendo que en ambos casos el juez debe dar el traslado previsto en la ley. Ello por una razón lógica, la solicitud del actor no sería posible si no se le concede plazo para ello, plazo que no puede ser otro que el que tiene para contestar la excepción. Ahora bien, al contrario que en la reconvencción, entiendo que si el juez no otorga este plazo por inadvertencia o por cualquier otra causa, quien debe recurrir en ambos casos es el actor, y si no lo hace lo que ha de entenderse es que renuncia tácitamente a su derecho a contestarlas, por lo que ello no impediría que en la sentencia se resolvieran esas cuestiones.

Las consideraciones que hacíamos en la compensación sobre el efecto de cosa juzgada son desde luego aplicables también a la alegación de la nulidad del negocio jurídico, si bien el legislador ha considerado innecesario hacer una referencia específica, por lo que habrá que aplicar las reglas generales reguladoras del efecto de cosa juzgada que generan las sentencias firmes.

IV LA REBELDÍA

A. Concepto.- De acuerdo con la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Lengua Española admite como cuarta acepción del término rebelde la siguiente : *“Dicho de una persona: Que por no comparecer en el juicio, después de llamada en forma, o por tener incumplida alguna orden o intimación del juez, es declarada por este en rebeldía”*. El origen del término en su acepción jurídica sin embargo está en la ordinaria de aquél que, faltando a la obediencia debida, se rebela o subleva y su aplicación a la situación en que el demandado no se persona en el juicio deriva de una concepción de su intervención, hoy desfasada, conforme a la

cual el emplazamiento del demandado como una orden del tribunal que aquél tenía obligación de acatar. Como señala VERGE³¹ la naturaleza del emplazamiento ha oscilado de un extremo a otro en el transcurso histórico. De ser un acto coercitivo para obligar al demandado a comparecer, ha pasado a formar parte de un derecho del demandado, derivado del principio de tutela efectiva y ello sin dejar de ser una carga desde el punto de vista procesal.

Como indica GIL SAEZ³², en el derecho romano, germánico, canónico y en derecho histórico español, desoír el llamamiento o convocatoria a juicio acarrea sanciones para el demandado, sistema sancionatorio que fue perdiendo virulencia con el paso de los siglos hasta la época anterior a la codificación, que las sanciones estaban en desuso, si bien, nuestra en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, derogada por la del año 2000, conservaba alguna reminiscencia, como por ejemplo la de imponer las costas del recurso de audiencia al rebelde a quien lo promovía, no obstante su estimación, salvo que el litigante contrario se hubiere opuesto con temeridad a juicio del tribunal, quebrando el principio general del vencimiento que rige en esta materia.

En el derecho actual sin embargo, continúa diciendo dicho autor, el emplazamiento constituye un acto de comunicación del órgano jurisdiccional a quien deba ser parte en el proceso. Su objeto primordial es posibilitar el principio de audiencia y contradicción del juicio y evitar la indefensión de la parte demandada.

Todo lo cual nos lleva a la consideración de la inadecuación actual de la denominación de rebeldía, hubiera sido más adecuado la de ausencia del demandado, y a la reflexión de la persistencia de las formas y conceptos aun cuando se llevan a cabo reformas estructurales profundas. En buena medida el éxito de una reforma depende no tanto de la bondad de la misma, sino de la capacidad de sus destinatarios de adaptar su forma de pensar a la misma y no tratar de reconducirla o encajarla en estructuras anteriores.

Siguiendo a GIL SAEZ³³ podemos concluir que la formulación de la demanda, y su admisión por el órgano jurisdiccional conlleva como efecto ineludible, previo el correcto emplazamiento, la carga de la comparecencia del demandado, entendida, no como la obligación de personación de la parte demandada en el proceso, sino como la compulsión a comparecer como trámite previo para poder ejercer, al tiempo preclusivo establecido, los actos procesales que la ley le permite.

³¹ Joan VERGE GRAU, en su trabajo "La rebeldía en el proceso civil". Librería Bosch, año 1989, pag. 7

³² José María GIL SAEZ, "Cuestiones de Derecho procesal civil (Juicio de rebeldía. Terminación anormal del proceso. Recursos), La situación de rebeldía en el proceso civil", Cuadernos de derecho Judicial, 30, 1995, pág. 11 a 36, Consejo General del Poder Judicial

³³ Ob. citada.

Por otra parte como señala CHIOVENDA, citado por RODRÍGUEZ Y GONZÁLEZ DEL REAL³⁴ es inoperante el elemento subjetivo e intencional. La rebeldía es una situación de carácter formal y no material, con dicha institución se salva el principio *audiatur est altera pars*, pues aunque, a primera vista, pudiera parecer que el continuar en juicio sin ser oído el demandado contraviene el principio fundamental del derecho a la defensa, no debemos olvidar que la indefensión no consiste en la falta de defensa sino en no dar a la parte la posibilidad de hacerlo.

La situación de rebeldía es una situación que se aplica exclusivamente al demandado debido al origen histórico de la institución. Ello no quiere decir que la ausencia del actor no tenga consecuencias. Evidentemente no cabe una ausencia desde el inicio ya que la demanda es requisito esencia para que pueda entenderse iniciado el proceso como ya hemos visto. En cuanto a su ausencia en un momento posterior tendrá la consecuencia normalmente de la terminación del proceso, salvo que el demandado manifieste su interés en que el proceso siga, en cuyo caso si el actor decide separarse del proceso estaríamos en una situación en todo equiparable a la rebeldía del demandado. Veremos algunas de estas situaciones más adelante.

Causas. Diferencias con la ausencia del actor.- El Código Procesal Civil regula la rebeldía del demandado en los artículos 440 a 443. Del artículo 440.1 resulta con claridad que la rebeldía no se produce por la falta de contestación de la demanda, sino por la falta de personación del demandado. Cabe por tanto que el demandado se persone dentro del plazo para contestar la demanda y sin embargo no la conteste, en cuyo caso no estará en situación de rebeldía y su silencio con respecto a la demanda podrá dar lugar a la sanción que prevé el artículo 434.2 CPC, es decir el juez podrá interpretar ese silencio como aceptación tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

Por otra parte, el hecho de que el demandado no se persone en ese plazo no le impide hacerlo en un momento posterior, en cuyo caso, cesa la situación de rebeldía, si bien de acuerdo con el artículo 443.1 CPC, el demandado ha de sujetarse al estado en que se encuentre el proceso, sin que pueda retroceder en las actuaciones, lo que no es sino una consecuencia de la necesidad de mantener un orden lógico en el proceso y de evitar dilaciones indebidas a la que responde el principio de preclusión establecido con carácter general en el artículo 18.2 CPC³⁵.

³⁴ Concepción RODRIGUEZ Y GONZÁLEZ DEL REAL, “Cuestiones de Derecho procesal civil (Juicio de rebeldía. Terminación anormal del proceso. Recursos), La rebeldía en el proceso civil”, Cuadernos de derecho Judicial, 30, 1995, pág. 451-471, Consejo General del Poder Judicial

³⁵ “La actividad procesal debe realizarse dentro de los plazos establecidos legalmente, precluyendo en caso contrario”.

Al contrario, la situación de rebeldía puede ser declarada después de contestada la demanda dentro de plazo, en cualquier momento en que se produzca la ausencia del demandado. A este respecto el supuesto normal será que el apoderado del demandado presente su renuncia y este no nombre uno nuevo. Es el caso que regula el artículo 440.1 en su segundo inciso, concediendo un lazo de cinco días a contar desde aquél en que se le notifique la renuncia de su apoderado para que comparezca debidamente representado, declarándose en caso contrario la rebeldía. Este artículo en lugar de hablar del demandado, se refiere al “litigante”, lo que puede plantear la duda de si esta declaración de rebeldía puede afectar también al actor que quede desapoderado. Entiendo que la respuesta debe ser negativa ya que, como hemos dicho, la rebeldía como tal sólo es predicable del demandado que no se encuentra personado en los autos. En apoyo de ello debe resaltarse como los artículos 441, 442 y 443 CPC que establecen las actuaciones subsiguientes a la declaración de rebeldía sólo se refieren al demandado.

En el caso de que sea el actor el que deja de estar comparecido en forma por cualquier circunstancia sobrevenida la consecuencia no puede ser otra que tener por desistida a la parte actora o renunciada la pretensión ejercitada. Ello no se encuentra regulado con carácter general, pero entiendo que es aplicable la regulación para el caso más frecuente en que se da esta situación, que es el de la sucesión *mortis causa*. El artículo 73 CPC efectivamente determina con respecto al demandado un nuevo supuesto de rebeldía que puede producirse a pesar de haber sido contestada la demanda. En los casos en que por fallecimiento deba llamarse a los sucesores del litigante al proceso, de acuerdo con el apartado 3 “*Cuando el litigante fallecido sea el demandado y los demás litigantes no conocieren a los sucesores, o éstos no pudieran ser localizados o no quisieran comparecer, el proceso seguirá adelante con el mismo profesional del derecho que tenía el litigante fallecido, por plazo de sesenta (60) días, transcurridos los cuales sin comparecer el sucesor, se declarará la rebeldía de la parte demandada*”. La solución es distinta en el caso de que el que haya fallecido sea el actor. En este caso establece el apartado 4 “*Si el litigante fallecido fuese demandante y sus sucesores no se personasen por cualquiera de las dos (2) primeras circunstancias expresadas en el numeral anterior, dentro del plazo de sesenta (60) días se entenderá que ha habido desistimiento. Si la falta de personamiento de los sucesores se debiese a que no quisieran comparecer, se entenderá que el litigante demandante renuncia a la pretensión ejercitada y se le condenará en costas en ambos casos*”.

Vemos claramente las distintas consecuencias que se atribuye a la ausencia de uno u otro litigante en función del distinto papel que juegan en el litigio. A uno le corresponde sostener la pretensión y a otro defenderse de ella y ello conlleva efectos distintos en caso de ausencia, cuales son el fin del litigio por falta de pretensión o la imposibilidad de defenderse de

la ejercitada contra él. No obstante si conviene precisar que en caso de que se haya formulado reconvencción, la ausencia sobrevenida del actor por cualquier causa pondrá fin a la pretensión ejercida en la demanda, pero no a la deducida por el demandado con la reconvencción. En la reconvencción el demandante ocupa la posición de demandado reconvenido y como tal y con respecto a la misma si cabrá la declaración de rebeldía y la continuación del procedimiento sin más citarle ni oírle.

Entiendo que la misma solución habrá que aplicar por tanto en el caso de que el representante del actor renuncie, fallezca o sea suspendido y éste no designe uno nuevo en el plazo de diez días que conceden los apartados 2 y 4 del artículo 86 CPC a partir del requerimiento que en tal sentido se le haga. El apartado 2 es un poco confuso por cuanto que establece en el caso de renuncia que el proceso seguirá su curso y se realizarán por edictos las comunicaciones que se hubiesen de practicar. Entiendo que esta referencia es redundante, innecesaria y contradictoria con los artículos 440.1, 441 y 442, que son los que deberán aplicarse. Eso en cuanto al demandado principal o reconvenido. En cuanto al actor ya hemos dicho que la consecuencia debe ser la terminación del proceso por desistimiento o renuncia, esto último en el caso de que conste expresamente la voluntad del litigante de no comparecer con nueva representación.

B. Efectos

1.- Efectos respecto del proceso.

a) **Sobre el objeto.**- A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico anglosajón en que la rebeldía implica sin más una estimación de la demanda, o en el alemán en que libera al demandante de la carga de la prueba, en el Código Procesal Civil, al igual que en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, y de una forma semejante a lo que ocurre en los ordenamientos francés o italiano, la situación procesal de rebeldía no implica un allanamiento a la demanda, ni exime a la parte actora de probar los hechos en que fundamenta su pretensión ni al juzgador de su facultad de enjuiciarlos³⁶. La razón de ser de esa postura no es otra que la de que, a diferencia del demandado que se persona y no contesta o que contesta con silencio o evasivas sobre los hechos de la demanda, en el caso de la ausencia del demandado existe siempre la posibilidad de que ello se deba a causas ajenas a su voluntad, por lo que nuevamente la tutela judicial efectiva exige cautela y que el juez se asegure que realmente la pretensión de la demanda tiene fundamentos suficiente para prosperar, sin sancionar con la estimación automática de demandas carentes de esos fundamentos al

demandado al desconocerse con seguridad las causas de su ausencia. La rebeldía no se fundamenta en la constatación de una intención tácita del demandado de no oponerse al actor o de admitir sus pretensiones, sino del mero dato objetivo y formal de que este no se ha personado a pesar de que se han agotado todos los medios legalmente previstos para hacer llegar a su conocimiento la existencia del proceso. El artículo 440.2 consecuente con esta tradición prohíbe que la ausencia del rebelde pueda entenderse como allanamiento o reconocimiento de hechos, salvo que la ley dispusiera otra cosa. Ello no impide que el Juez pueda valorar la conducta del demandado como un elemento más, en conjunto con el resto de la prueba, para llegar a una conclusión sobre los hechos alegados por el actor. Es indudable que un demandado que, debidamente citado, no comparece a defenderse o que ha desaparecido y está ilocalizable, es en la mayoría de los casos un indicio que consolida el fundamento de la pretensión de la actor, sin que el juez pueda por ello resolver el litigio a favor del mismo si no existen otras pruebas que claramente apunten en el mismo sentido.

b) **Sobre la tramitación.**- En cuanto a la tramitación el artículo 440.2 es sucinto, pero claro, la falta de personamiento del demandado en el plazo otorgado al efecto no impedirá la normal continuación del procedimiento, por lo que el único efecto relevante es la no participación del demandado y la eliminación por tanto de todos aquellos trámites o actos procesales que la ley otorga al mismo, que se pierden irremisiblemente en virtud del principio de preclusión de los actos procesales.

2.- Notificaciones.- En aras de la tutela judicial efectiva y de evitar cualquier indefensión, la ley obliga a que se notifique al demandado la resolución de rebeldía por cédula si tuviere dirección conocida o por edictos, en caso contrario. Tras ello no se le hará ninguna otra notificación salvo la de la resolución que ponga fin al proceso (artículo 441 CPC). Si la notificación de la rebeldía se hubiera hecho por edictos, el legislador consciente de la escasa eficacia de este método de notificación obliga al juez incluso de oficio a notificarla personalmente en cuanto tenga conocimiento por cualquier medio de un lugar donde pueda llevarse a cabo la comunicación.

3.- Comparecencia del rebelde.- Ya hemos señalado que el demandado declarado rebelde puede personarse en cualquier momento del procedimiento, antes lógicamente de que recaiga sentencia firme, pero sin que en ningún caso puedan retroceder las actuaciones. Ahora bien, sin la tardía personación es involuntaria como consecuencia de no haberse practicado el acto de comunicación en la forma prevista en el Código, entonces podrá pedir la

³⁶ Concepción RODRIGUEZ Y GONZÁLEZ DEL REAL, obra citada.

nulidad de actuaciones y la reposición de las mismas, de forma que se le otorgue el plazo para contestar, de acuerdo con los artículos 148.1 y 212 y siguientes CPC.

Como última garantía del rebelde, podrá éste pedir la rescisión de la sentencia firme dictada en rebeldía en el caso de que hubiese permanecido involuntariamente en tal situación durante todo el proceso, bien por fuerza mayor ininterrumpida y justificada que le haya impedido comparecer en todo momento, bien por desconocimiento del proceso, ya sea por no haberle llegado la comunicación por causa que no le sea imputable, ya porque, siéndole imputable la falta de comunicación personal, se haya practicado la comunicación por anuncios y haya estado ausente del país justificando que no haya podido tener acceso a los medios en que se haya difundido o publicado la comunicación, justificando que no haya podido tener acceso a los medios en que se haya difundido o publicado la comunicación (artículos 443.2 y 735 CPC). Esta rescisión se tramitará por el procedimiento de audiencia al rebelde regulado en los artículos 735 a 741 CPC.

Cuando ya se ha dictado sentencia firme las exigencias de la tutela judicial efectiva colisionan con las de la seguridad jurídica. El cuestionamiento de las sentencias firmes quebraría la confianza en las decisiones de los tribunales y haría inviable el tráfico jurídico que indudablemente se basa, entre otros aspectos, en la misma. Por tanto es preciso que la posibilidad de rescindir una sentencia firme tenga unos motivos sumamente restringidos, es decir, cuando se acredite una imposibilidad absoluta, inimputable al que la sufre y persistente durante toda la vida del proceso de haberse personado para ejercer sus derechos. Por ello, a pesar de las dudas que pueda plantear la eficacia del procedimiento edictal de comunicación, es preciso restringir su cuestionamiento estableciendo unas limitaciones objetivas a aquéllos supuestos en que el demandado se ha encontrado en todo momento fuera del país y aún en este caso con la obligación de justificar la imposibilidad de acceder a los medios donde han tenido lugar los anuncios.

LA FASE ORAL

Principios generales que rigen los actos orales.- La introducción de una fase oral en el proceso judicial civil constituye la gran novedad del Código Procesal Civil y uno de los pilares básicos en los que el legislador funda las expectativas de que el nuevo proceso aumente su eficacia con respecto al anteriormente vigente de naturaleza escrita. Así el artículo

15 CPC establece que *“el proceso civil es predominantemente oral. Los actos procesales de alegación, la practica de las pruebas y la sustanciación del proceso en general, se efectuarán oralmente en audiencias públicas”* Ya hemos visto que tales afirmaciones no pueden ser aceptadas sino con matices importantes, dado que la fase de alegaciones en el proceso ordinario es predominantemente escrita, hasta el punto de que en la fase oral solo cabe hacer alegaciones complementarias, correcciones o aclaraciones y alegación de hechos nuevos. Ya hemos resaltado también la importancia de esa fase de alegaciones para la delimitación del proceso y el éxito del mismo, hasta el punto de que es incluso factible de que el juicio termine sin necesidad de entrar en la fase oral. A la vista de ello no se entiende muy bien el sentido del apartado 2 del artículo 15, cuando señala que *“los actos procesales que tengan que celebrarse por escrito han de facilitar la aplicación del principio de oralidad”*. Parece insistir en un carácter subordinado de los actos escritos a la oralidad que no se corresponde con la realidad.

A pesar de las anteriores matizaciones, es indudable que la fase oral del juicio ordinario tiene un peso e importancia notables dentro del proceso y que indudablemente tal innovación servirá para agilizar notoriamente y hacer más eficaces los procesos civiles y permitir un mayor acierto en las decisiones que se tomen, dado que el contacto directo del juez con las partes no solamente permite realizar los trámites y resolver los problemas de forma con mayor rapidez, sino que además proporcionan a aquél un mejor conocimiento de la controversia que ha de resolver.

Los principios sobre los que se articula la fase oral son coincidentes en buena medida con los aplicables con carácter general al proceso civil. Sin embargo algunos de ellos son específicos de los actos orales, en cuanto que su aplicación a los escritos no tiene sentido, o tienen especialidades importantes en su aplicación a los actos orales, por lo que haremos con respecto a ellos una exposición más detenida en éste lugar. Son los siguientes:

a) INMEDIACIÓN.- De acuerdo con el artículo 16.2 CPC el juez competente para resolver el caso es el que debe practicar los actos orales del proceso. Literalmente dice dicho precepto que *“no se puede delegar o comisionar la práctica de un acto procesal oral, bajo sanción de nulidad, salvo en casos excepcionales en los que resulte absolutamente necesario realizarlo por vía de auxilio judicial”*. Esta exigencia responde a la convicción del legislador de que la presencia del juez en los actos orales le proporciona un conocimiento más profundo y real de la controversia que le permitirá resolverla con más acierto. La consecuencia lógica de tal exigencia no puede ser otra que la de que ese juez necesariamente ha de resolver el litigio, puesto que si no fuera así la finalidad de que quien mejor conoce el litigio lo resuelva no se cumpliría. Por ello el artículo 16.1 establece que *“el juez que dicte la*

sentencia ha de ser, el que haya presenciado y dirigido la practica de las pruebas, salvo las excepciones previstas, so pena de nulidad desde la citación para la audiencia probatoria o equivalente”.

Limita sin embargo la ley la nulidad a la discordancia entre el juez que ha celebrado las pruebas y el que dicta sentencia, permitiendo sin embargo esa diferencia con respecto a la audiencia preliminar. Es decir trata de ser flexible y evitar nulidades innecesarias por cambios de titular del juzgado cuando no sea estrictamente preciso, lo que ocurre cuando no puede resolver quien ha presenciado la prueba, puesto que el nuevo juez difícilmente va a tener en esta caso el conocimiento de la controversia que se pretende con la oralidad. En la audiencia preliminar, dedicada a resolver defectos formales, realizar alegaciones complementarias y a la proposición de prueba, la oralidad más que proporcionar un conocimiento directo de la controversia, aunque también contribuye a ello, busca la agilidad en los aspectos burocráticos o de tramitación.

b) CONCENTRACIÓN.- Dice el artículo 17 CPC que *“el procedimiento se desarrollará en una o en la menor cantidad de audiencias posibles. Las audiencias que no finalicen al mediodía, continuarán esa misma tarde y, si tampoco hubieren finalizado, el día o día siguientes”*. El precepto utiliza el término audiencia en un sentido genérico, es decir, como actos procesales a los que la ley otorga un contenido unitario. En el proceso ordinario por tanto el procedimiento consta de dos audiencias unitarias, a cada una de las cuales por separado es aplicable el anterior precepto. Es decir este artículo no supone contradicción con el artículo 465 CPC, según el cual la audiencia probatoria debe tener lugar dentro de los dos meses posteriores a la audiencia preliminar. El procedimiento ordinario tiene dos audiencias orales a cada una de las cuales es aplicable de forma unitaria el citado precepto. El artículo 173 CPC desarrolla este principio señalando que se podrán emplear todas las horas hábiles del día en una o más sesiones y, en caso necesario, continuar el día o días siguientes. Ello deberá aplicarse como parece obvio dentro de los límites que permita el horario laboral de los tribunales y teniendo en cuenta la existencia de otros señalamientos previos que hagan imposible su aplicación literal o de otras causas que lo impidan. Al respecto el artículo 119 CPC regula las horas y días hábiles, sin perjuicio del horario de trabajo establecido por la Corte Suprema de Justicia. El artículo 180 CPC prevé causas de interrupción y permite un plazo de interrupción de hasta veinte días, lo que también regula el artículo 472 CPC específicamente para el caso de la audiencia probatoria.

c) PUBLICIDAD.- De acuerdo con el artículo 19 *“los actos procesales, la práctica de la prueba y la sustanciación del proceso en general, se deben efectuar oralmente en audiencias públicas, salvo los casos exceptuados en este Código y en otras leyes; o por razones*

de orden público o cuando el órgano jurisdiccional así lo disponga para proteger la familia, la imagen, la intimidad de cualquiera de las partes o de terceros”.

d) DIRECCIÓN DEL JUEZ Y ELASTICIDAD.- Se recogen estos principios, íntimamente relaciones en cuanto que el segundo es una limitación del primero, en el artículo 18.1 CPC, conforme al cual *“En los actos orales del proceso, bajo la dirección del juez, las partes pueden alegar lo que consideren conveniente a su derecho y que tenga relación con el objeto del mismo, así como aportar pruebas sobre ello conforme a este Código, salvo que la ley fije términos preclusivos para la alegación de hechos o para la aportación de pruebas”*. El artículo 175 CPC regula con más detalle la dirección de los debates que corresponde al juez o presidente del tribunal con la finalidad, básicamente, de mantener el orden y agilizar el desarrollo de las mismas. Esta dirección debe llevarse a cabo con elasticidad, es decir, con la flexibilidad necesaria para que se consiga la finalidad perseguida con la audiencia. Precisamente una ventaja importante de los actos orales frente a los escritos es la posibilidad de una comunicación fluida y directa entre el juez y las partes que permita a estas exponer exactamente aquello que pretenden del juez y a éste pedir y obtener todas las informaciones que precise para resolver adecuadamente, pudiendo alcanzar de este modo un conocimiento exacto de la controversia que se pretende que resuelva. Por tanto debe utilizar sus facultades de dirección sin poner cortapisa alguna a la posibilidad de las partes de exponer el problema con la necesaria extensión, pero sin permitir actuaciones inútiles o dilatorias. El artículo 174 CPC establece por su parte unas normas generales sobre el modo de celebración de las audiencias.

e) DOCUMENTACIÓN.- De los actos orales ha de quedar necesariamente constancia y la forma más lógica y fidedigna de hacerlo en el siglo XXI es mediante su grabación en un sistema audiovisual, lo que actualmente no debe plantear problema alguno. Así lo recoge el artículo 15.3 CPC cuando dice que *“todos los actos orales se grabarán en soporte magnético o digital, o por cualquier otro medio técnico idóneo”*. El artículo 176 CPC de forma más detallada exige que se trate de un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen o, si no fuere posible, solo del sonido.

Ambos preceptos, quizás porque al legislador le cuesta trabajo desprenderse de la mentalidad decimonónica, prevén sin embargo la imposibilidad de utilizar estos medios técnicos y permiten en casos de imposibilidad la documentación por el secretario en debida forma, de manera que quede constancia de lo esencial ocurrido durante su desarrollo. De forma más restringida desarrolla el artículo 176 este principio del artículo 15.3 exigiendo que se trate de un supuesto de fuerza mayor, en cuyo caso se suspenderá la audiencia y solo si no se puede solventar el problema dentro de los tres días siguientes, se documentará por medio de acta

completa realizada por el secretario. No se escapan las dificultades de esta solución (necesidad de citar nuevamente a las partes y testigos, del desplazamiento de éstos y de la búsqueda de un hueco en órganos normalmente sobrecargados), pero tales restricciones son plenamente comprensibles. La documentación por escrito priva de garantías a las partes frente a un eventual recurso dado que inevitablemente, por imposibilidad de evitar errores u omisiones en el acta, especialmente en actos largos y complejos, o por la propia naturaleza de lo ocurrido, se perderán datos que pueden ser esenciales, sin que en todo caso el tribunal de apelación pueda tener una perspectiva tan fiel de lo ocurrido en la primera instancia como la que proporciona la grabación audiovisual.

Solo está prevista la constancia del lugar, fecha, hora e intervinientes en los actos orales mediante el levantamiento de un acta sucinta por parte del secretario, de modo que para completar la grabación será siempre preciso un documento escrito complementario, lo que parece contradictorio con la oralidad. Hubiera sido más adecuado la previsión en las normas sobre grabación de la vista de una adecuada identificación mediante una dación de cuenta oral del secretario al inicio de la grabación a efectos de constancia del pleito, juez, secretario y de las partes y demás intervinientes, de manera que no sea preciso ningún acta para la verificación de la grabación y que ésta sea autosuficiente como documento a todos los efectos, lo que aumentaría su seguridad jurídica.

V. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

A. Concepto y caracteres.- La audiencia preliminar tiene un claro paralelismo con la audiencia previa al juicio de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, en la que se basa. Dicha audiencia previa a su vez tiene como precedente en la comparecencia regulada en los artículos 691 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, en el denominado juicio de menor cuantía, producto de una reforma llevada a cabo en el año 1984, en la que se trataba de mejorar la eficacia del proceso civil decimonónico y se introducía tímidamente una fase oral con el doble objetivo de tratar de obtener una conciliación que evitase el litigio y de subsanar los defectos que podían impedir una solución de fondo de litigio. La audiencia previa española y la audiencia preliminar del Código Procesal Civil profundiza, dota de complejidad y lleva hasta sus últimas consecuencias el concepto de un acto oral preparatorio del juicio y que eventualmente permita eludirlo.

Los objetivos de la audiencia preliminar son varios. En primer lugar la ley utiliza la presencia obligatoria de las partes para que el juez trate de conseguir que las partes lleguen a

un acuerdo o transacción que ponga fin al proceso. Si esta opción fracasa, el objetivo pasa a ser el depurar en lo posible los vicios o defectos procesales que pudieran obstar a una resolución de fondo. Finalmente, si se consigue depurar el proceso, se pasa a una fase de delimitación del juicio y de concreción de la actividad probatoria. Se permite a las partes realizar alegaciones complementarias e introducir hechos nuevos con las condiciones fijadas por la ley, y se determina definitivamente cuales son los hechos sobre los que exactamente discrepan las partes, los únicos que van a necesitar prueba. Si no existen discrepancias sobre los hechos, sino solo sobre la aplicación del derecho, o es suficiente la prueba aportada en los escritos de alegaciones en la propia audiencia preliminar, la misma da lugar directamente a la fase final del proceso. En caso de que exista controversia sobre determinados hechos y se precise prueba, la audiencia preliminar permite la preparación de la audiencia probatoria, concretándose en ella las pruebas que han de practicarse y las medidas que han de adoptarse para que tenga lugar.

Podemos decir con respecto a la audiencia preliminar, al igual que hace SEIJAS QUINTANA³⁷ con respecto a la audiencia previa española, que las normas que la regulan permiten un gran margen de maniobra al juez para que en el curso de la misma pueda resolver todas aquellas cuestiones vinculadas al buen orden del proceso, dejando para sentencia la solución de los problemas de fondo, sin esa pérdida de esfuerzo intelectual que normalmente conlleva el análisis previo de estas razones de orden procesal, sin perjuicio de que caso de existir una segunda instancia pueda pedirse en la misma las soluciones dadas a esas cuestiones procesales si no hubiese habido conformidad al respecto.

Por tanto la audiencia preliminar es una especie de nudo crucial del proceso ordinario de contenido un tanto heterogéneo, puesto que junto con una posible conciliación, se trata de allanar el camino a una resolución de fondo que ponga fin al litigio y de preparar la prueba, si es necesaria y reducida estrictamente a lo preciso, todo ello sin embargo con el objetivo común de aprovechar un acto en el que se encuentran presentes el juez y las partes para tratar de conseguir eficacia y agilidad en la resolución de la controversia que enfrenta a estas, bien poniendo término a la misma, bien asegurando que pueda tener una pronta respuesta, reduciendo los trámites y actos procesales a lo estrictamente necesario. La configuración amplia y flexible que debe tener la audiencia preliminar para conseguir esos objetivos, acorde con el principio de elasticidad a que hemos hecho referencia, tiene como límite el que de ningún modo se puede alterar lo que es objeto del proceso tal y como quedó configurado en la fase de alegaciones y sin que, en definitiva, quepan en ella cuestiones directamente vinculadas al asunto material o de fondo.

En resumen y para terminar pueden establecerse los siguientes momentos en la audiencia preliminar, siguiendo en este punto a FERNÁNDEZ SEIJO³⁸:

- a) Fase de conciliación o transacción.
- b) Fase de saneamiento de defectos procesales que obsten al fondo del asunto.
- c) Fase de concreción de hechos y alegaciones complementarias.
- d) Fase de proposición de prueba.
- e) Juicio de suficiencia de prueba
- f) Preparación y señalamiento del juicio

Plazo para su celebración.- El artículo 444 CPC establece que “*Contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o declarada la rebeldía, el juez convocará a las partes a una audiencia preliminar, señalando fecha, día y hora que se habrá de celebrar en un plazo no mayor de veinte (20) días contados desde la convocatoria judicial*”.

El juez, una vez que se den los presupuestos para ello debe convocar de forma inmediata, sin retrasos, por aplicación de apartado 2 del artículo 123 CPC, conforme al cual, cuando el acto procesal no fije plazo ni término ha de practicarse sin dilación. No obstante ha de tenerse en cuenta que existe la posibilidad de que el demandado alegue como excepción procesal falta de litisconsorcio necesario, en cuyo caso, si el actor quiere oponerse deberá presentar oposición a la misma en el plazo de cinco días desde que conozca la admisión de la contestación. Ello conforme al artículo 453 CPC conlleva la suspensión del señalamiento de la audiencia preliminar, y la resolución de la cuestión por auto. Si el auto estima la excepción otorgará diez días al actor para constituir el litisconsorcio quedando en suspenso la audiencia preliminar hasta que sean emplazados los nuevos demandados. Si el actor no lo hace, entonces se procederá al archivo y sobreseimiento de los autos. Si la excepción es desestimada se señalará nueva audiencia, para lo que habrá los veinte días que señala el artículo 444.

En caso de suspensión para la corrección de alguno de los defectos, transcurrido el plazo, si no se hubiere corregido, pero es un defecto que no impide la continuación del litigio, o si se hubiere corregido deberá señalar nueva audiencia preliminar para lo que entiendo que vuelve a regir el plazo de veinte días.

³⁷ Obra citada, página 416-417

³⁸ José María FERNÁNDEZ SEIJO, “Libro II. De los procesos declarativos”, en la obra colectiva “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Manuales de Formación Continuada 6/2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, página 151.

El no respetar el plazo de veinte días entre la convocatoria y la celebración puede tener la consecuencia prevista en el artículo 122 CPC, que considera falta grave la actuación del juez que, sin justificación, no realice una actuación judicial dentro del plazo legal.

Se observa una notable rigidez a la hora de señalar los plazos que revela la convicción del legislador de que en buena medida los problemas de la justicia civil tienen su origen en su lentitud y retraso. Sin embargo, la experiencia dice que el incumplimiento de los plazos está determinado casi siempre por la sobrecarga de trabajo de los tribunales y la limitación del número de asuntos que un juez razonablemente puede examinar y resolver en una jornada laboral normal. La ley no debería ignorar esa realidad y utilizar formulas más flexibles que evitaran la sensación de falta de utilidad práctica que tienen esos artículos. No hay razón alguna para esperar veinte días, si el asunto puede ser señalado antes, ni tampoco debe estar bajo sospecha el juez que señale después de veinte días cuando el número de asuntos que tramita le impida hacerlo antes. Hubiera sido más adecuado utilizar una fórmula más flexible tal como la de que se señale en el primer hueco que haya disponible en el órgano judicial procurándose que no se superen los veinte días, o incluso sin establecer plazo máximo alguno ni de forma orientativa, puesto que indicar el primer hueco disponible es más que suficiente para establecer con claridad los límites del deber de diligencia del juez. Los jueces deben tener flexibilidad para organizar su trabajo en función de la realidad del órgano que tienen a su cargo, siendo labor de la inspección de tribunales detectar las anomalías o abusos y determinar si en el curso de su labor se producen dilaciones indebidas imputables al órgano judicial a la vista de las circunstancias que concurren en el mismo. El establecimiento de plazos fijos y rígidos haya nunca reducido la duración de los litigios, ni producido otro efecto que quedar obsoletos cuando son superados por la realidad.

B. Contenido y desarrollo.- El artículo 447 CPC enuncia el contenido de la audiencia preliminar en los siguientes términos: *“La audiencia preliminar servirá, por este orden, para intentar la conciliación de las partes evitando la continuación innecesaria del proceso; para permitir el saneamiento de los defectos procesales denunciados en la contestación a la demanda o a la reconvenición; para fijar con precisión la pretensión y la oposición, así como los términos de su debate; y para proponer y admitir la prueba de que intente valerse las partes en la audiencia probatoria”*.

El respeto de esta secuencia de fases o trámites es obligado, no sólo porque así expresamente lo establece la ley, sino porque su alteración iría en contra del principio básico de todo procedimiento conforme al cual éste ha de seguir siempre un orden lógico. Ningún sentido

tiene proponer prueba, si no se han precisado los hechos precisados de ella, y esta precisión puede ser inútil si hay posibilidades de acuerdo, por lo que previamente habrá que explorar las mismas. Por otro lado y antes de entrar en el contenido propiamente dicho, estudiaremos la obligación que establece el Código en orden a la asistencia de las partes y las consecuencias que tiene la incomparecencia de las mismas en distintos supuestos.

1. Incomparecencia.- El artículo 445.1 CPC regula la obligatoriedad de la comparecencia de las partes en los siguientes términos *“Las partes deberán comparecer a la audiencia preliminar personalmente, salvo motivo fundado, a juicio del tribunal, que justificare la comparecencia por medio de representante, pero en este caso deberá tener poder suficiente para conciliar, renunciar, allanarse o transigir. En otro caso se les tendrá por no comparecidas”*. La razón de ser de este precepto está relacionada con la función conciliatoria que se persigue en la audiencia preliminar, al igual que las disposiciones similares que contiene el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2001, viene de la experiencia de la comparecencia que se introdujo en el juicio de menor cuantía en el año 1.984 y a la que se ha hecho antes referencia. Uno de los objetivos principales de dicha comparecencia era tratar de conseguir una conciliación o transacción entre las partes, siendo su índice de éxito extraordinariamente bajo por la sencilla razón de que a la comparecencia sólo acudían los profesionales que representaban a las partes los cuales solían aducir el carece de facultades para transigir o llegar a ningún tipo de acuerdo, lo que hacía inútil cualquier intento de conciliación por parte del juez. Era frecuente además la sola comparecencia del profesional representante del actor con lo cual no había posibilidad alguna de acuerdo desde un principio.

Para evitar esta situación la de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 obliga a las partes a que comparezcan por sí o representadas, pero en este caso con poder para renunciar, allanarse o transigir, de modo que la posibilidad de acuerdo sea real. El Código Procesal Civil es aún más rígido que la Ley española en cuanto que exige la comparecencia personal de las partes, permitiendo solo la ausencia de las mismas por causa justificada a juicio del tribunal. Solo si se acepta el motivo de ausencia, se admite por tanto la presencia del representante con poderes especiales. Entiendo por otra parte que tal representante puede ser el profesional del derecho, siempre que su poder contenga las facultades necesarias. El legislador hondureño parece pensar, no sin cierta lógica, que las posibilidades de acuerdo aumentan cuando son los propios interesados los que están presentes, por lo que trata a toda costa de conseguir su asistencia.

Mención aparte merece el problema de las personas jurídicas. Es obvio que las mismas deberán comparecer siempre representadas por una persona física. En este caso no es preciso exigir la presencia más que del profesional del derecho que la representa en juicio con

los poderes requeridos por la ley. Sólo si el representante careciera de esos poderes cabría exigir la presencia de un representante de la sociedad que los tuviera. Exigir un representante distinto al profesional del derecho salvo causa justificada aunque aquél tuviera los poderes necesarios no tiene mucho sentido, ya que en ambos casos se estaría actuando en nombre de un tercero, en este caso la persona jurídica, por lo que las posibilidades de acuerdo no variarían sustancialmente.

En la práctica española los tribunales vienen exigiendo la consignación de una cláusula especial en la que se otorgue facultades especiales a los efectos específicos de la comparecencia y posible renuncia, allanamiento, arreglo o transacción previstos en dicha norma. Entiendo, a la vista de la redacción del artículo 445.1, que ni siquiera es preciso que tales poderes especiales se prevean expresamente para la comparecencia o para el juicio en concreto, basta con que el representante tenga atribuidas claramente esas facultades sin limitaciones de ningún tipo.

Como indica BANACLOCHE PALAO³⁹, la finalidad del requisito es conseguir que, en todos los casos, exista un sujeto con capacidad para negociar y aceptar acuerdos. En las resoluciones de algunos tribunales españoles se ha interpretado sin embargo que sólo es relevante el requisito si existe una posibilidad real de acuerdo, y que cuando de la contestación se deduce que no existe la más mínima voluntad o posibilidad de que haya acuerdo, la ausencia de esas facultades carece de relevancia. Comparto por el contrario la opinión de dicho autor de que, dada la finalidad perseguida, no es de recibo que ya de antemano se imposibilite una de las finalidades propias del acto de la audiencia, cual es la intentar llegar a un acuerdo que ponga fin al pleito. El hecho de que el demandado se oponga al contestar la demanda incluso de forma rotunda o que la controversia sea enconada y persistente, ni exime al juez de intentar que las partes lleguen a un acuerdo, ni a las partes de comparecer en la forma prevista en la ley para que tal acuerdo pueda al menos intentarse con alguna posibilidad siquiera sea teórica de lograrse.

El apartado 2 del artículo 445 CPC prevé que si por razones de fuerza mayor, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez. En principio cabría plantear la duda de si se refiere al caso de que las partes no pudieran comparecer personalmente o si, por el contrario, no lo pudieran hacer por ni por sí ni por medio de representante con poderes especiales. La norma es mucho más restrictiva que los apartados 1 y 2 del artículo 172 CPC que regula con carácter general las suspensiones y nuevo señalamiento de las audiencias. En el apartado 1 se menciona fuerza mayor, caso fortuito u otro

³⁹ Julio BANACLOCHE PALAO, “Juicio ordinario y juicio verbal”, en la obra colectiva “Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de mejora”, Manuales de Formación Continuada 29/2004, Consejo General del Poder Judicial, 2005, página.

motivo de análoga entidad con carácter general, y en el apartado 2, referido específicamente a la imposibilidad de acudir la parte o el profesional del derecho a los que diferencia adecuadamente, sólo exige que la causa sea “atendible y acreditada la situación que alegue”, sin limitación de las veces que se puede dar lugar a la suspensión.

El mayor rigor del artículo 445.2, en cuanto que exige causa mayor debidamente acreditada y permite una sola suspensión, solo tiene una explicación lógica si se entiende referida a la imposibilidad de comparecer personalmente la parte y ello en aras de aumentar las posibilidades de éxito de un acuerdo. Si se acepta esta interpretación, entonces no habría obstáculo para aplicar el artículo 172 para aquéllos casos en que no puede comparecer ni la parte ni el profesional, limitando la aplicación del artículo 445.2 a los supuestos en que no puede comparecer la parte, pero sí el profesional del derecho. Dadas las consecuencias de la incomparecencia, el sobreseimiento si es el demandante y la imposibilidad de intervenir en la comparecencia si es el demandado, creo además que es la interpretación más razonable. Abona la misma por otra parte el hecho de que en los restantes preceptos se utilice siempre la dicotomía parte/representante o apoderado, por lo que parece que al referirse solo a parte el artículo 445.2 se refiere a la comparecencia personal de la misma. Comprendo sin embargo que literalmente, al no limitar expresamente el precepto su aplicación a la imposibilidad de comparecer personalmente, podía caber la interpretación alternativa de que el artículo 445.2 excluye la aplicación del artículo 172.2, lo que me parecería de un rigor excesivo, innecesario y carente de fundamento.

La incomparecencia podrá tener lugar por varias razones, pudiendo reducirse a dos categorías, la real y aquélla que se produce por incumplimiento de los requisitos legales. La incomparecencia es real, obviamente, cuando no comparece ni la parte, ni nadie con capacidad para representarla. La ausencia es absoluta.

También habrá lugar a declarar la incomparecencia por incumplimiento de los requisitos legales cuando comparezca por representante que carezca de poder suficiente para conciliar, renunciar, allanarse o transigir, lo que está previsto en el último inciso del artículo 445.1 o cuando el juez considere que la falta de presencia personal de la parte no tiene un motivo justificado. Finalmente, tampoco cabrá tener por comparecida a la parte por esa misma razón de no ajustarse a lo previsto en la ley cuando lo haga sin el preceptivo profesional del derecho por aplicación de la regla general contenida en el artículo 79.1 CPC. Al profesional del derecho solo se le menciona expresamente en el apartado 3 del artículo 446, a la hora de regular la incomparecencia del demandado, sin embargo es claro que de acuerdo con el artículo 79.1 su presencia es siempre obligatoria.

En orden a estas posibles situaciones, en la práctica procesal española se ha suscitado la duda de si la incomparecencia por no tener el representante poder suficiente es o no un requisito subsanable, dado que uno de los objetos de la audiencia preliminar es la subsanación de los defectos procesales y, entre ellos, los de representación o postulación. Sin embargo, tal subsanación solo puede tener lugar cuando ya se haya iniciado la audiencia preliminar y previo intento de conciliación, mientras que el requisito del artículo 445.1 es previo al inicio de la misma. La cuestión es polémica en los tribunales españoles. Me inclino sin embargo por la opinión de SEIJAS QUINTANA⁴⁰, dado que las partes están en el proceso ordinario asistidas por profesionales del derecho por lo que deben conocer sus obligaciones, no siendo posible suspender la audiencia preliminar para subsanar este presupuesto cuando no se trata del primer acto del proceso por lo que ha habido tiempo suficiente para adoptar las prevenciones necesarias. Subsana en estos casos, continua diciendo este autor, supone posibilitar una dilación injustificada de los pleitos en cuanto que no tiene apoyo legal. En definitiva, a pesar de que como más adelante se razonará este requisito plantea serias dudas en cuanto a su necesidad y utilidad, a la vista de los artículos citados parece que la interpretación correcta es que la ley da el mismo trato a la falta de poder especial que al mero hecho de no presentarse el día del juicio, por lo que en estos casos el juez debe verificar solo si la citación ha sido correcta y dar al juicio el trámite correspondiente.

Las consecuencias son distintas, según no se presenten o se tengan por incomparecidas a ambas partes, al demandante o al demandado.

a) **Incomparecencia de ambas partes**.- Ante el desinterés de las partes la consecuencia que establece el artículo 446.1 CPC no es otra, la sanción de la ley es la terminación del proceso sin más trámite, lo que no impide lógicamente la iniciación de uno nuevo.

b) **Incomparecencia del actor**.- En este caso el apartado 2 del artículo 446 establece la misma sanción, dado el desinterés de quien ha promovido el pleito, pero permite al demandado comparecido que pueda instar la continuación del mismo por tener un interés legítimo, es decir el demandado puede alegar que desea obtener un pronunciamiento de fondo que ponga fin definitivamente a la controversia, interés que será obvio en el caso de que haya formulado reconvencción. En todo caso entiendo que el interés legítimo del demandado debe presumirse al ser parte en el proceso, por lo que el rechazo de su petición debe ser siempre excepcional. Si se formulara y aceptara esta petición, la única consecuencia para el actor sería

⁴⁰ Obra citada, página 420.

que no podría intervenir en la audiencia preliminar, con todo lo que ello conlleva en especial en orden a la proposición de prueba.

c) **Incomparecencia del demandado.**- Al igual que en el caso de que el demandado inste la continuación del juicio a pesar de la incomparecencia del actor, la audiencia preliminar continúa y la única consecuencia en este supuesto es que el demandado no puede intervenir en ella, lo que le impide entre otras cosas formular alegaciones complementarias, denunciar o subsanar defectos y, sobre todo, proponer prueba.

En los casos en que el procedimiento se archive por incomparecencia del actor, comparezca o no el demandado, se plantea el tema de las costas procesales. Nada dice el artículo, pero entiendo que el proceso termina con una resolución que implica la desestimación de la demanda por lo que es de aplicación la regla general del artículo 219.1 CPC, conforme al cual procede imponer las costas al actor cuando ha visto rechazadas sus pretensiones.

Seguidamente trataremos con más detalle la función conciliadora de la audiencia preliminar que me parece sumamente discutible, pero vaya por delante que no parece adecuado que para conseguir unos hipotéticos acuerdos se sancione a la parte que ha comparecido debidamente representada y asistida por no hacerlo personalmente sin motivo justificado o por no otorgar poder especial con la terminación del juicio, con la imposibilidad de proponer pruebas y participar en la audiencia en razón de que su actitud ha impedido intentar la conciliación. La voluntad de conciliación en una parte que no quiere comparecer personalmente o darle poder a su representante para ello es cuando menos sumamente dudosa, sin que los tribunales puedan ni deban forzar acuerdos no deseados, por lo que las exigencias en este punto se convierten en meras trabas formales sin mucho sentido cuya exigencia rigurosa puede llegar a afectar al derecho a la tutela judicial efectiva. Como mínimo, a la vista de la gravedad de las consecuencias, se impone una interpretación amplia de los motivos que puedan alegar las partes para no comparecer personalmente y una enorme flexibilidad en su acreditación, dado que no tiene mucho sentido en aras de una hipotética conciliación, forzar su presencia más allá de un límite razonable, lo que por otra parte tampoco aumentaría su ánimo conciliador, exigiéndoles sacrificios económicos, profesionales o personales de cómo mínimo dudosa utilidad para poder hacer uso de sus derechos procesales.

2. Intento de conciliación.- Señala el artículo 448 CPC que abierta la audiencia preliminar el juez instará a las partes a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida en el proceso. Para ello el juez debe, de un lado, advertirles de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles y, por otra parte, sin prejuzgar el contenido de la

eventual sentencia, podrá proponer alguna solución al conflicto o fórmulas de arreglo entre las partes.

Parece de sentido común que antes de continuar el juicio el juez compruebe si no existe una posibilidad de acuerdo que lo evite. Pero la ley no se conforma con que interroge a las partes al respecto y deje la iniciativa a las mismas, sino que exige un papel protagonista, impulsándole a hacer un esfuerzo por conseguirlo. Ya hemos criticado el que se fuerce la presencia de las partes para que el juez pueda realizar esta labor y lo excesivo de la sanción que se impone para conseguir esta asistencia personal. Pero es que además es sumamente discutible que el juez deba actuar como órgano de conciliación. De un lado, el explorar las posibilidades de una conciliación e incluso impulsar la misma tiene sentido antes de que haya empezado el proceso judicial, en un acto al que las partes soliciten y acudan expresamente con la voluntad de tratar de llegar a un acuerdo antes de utilizar la vía contenciosa. Pero una vez que el actor ha presentado su demanda y que el demandado la ha contestado oponiéndose a la misma, es obvio que las posibilidades de que se llegue a un acuerdo amistoso dentro del proceso contradictorio por fuerza deben ser pequeñas, por lo que difícilmente se justifica el obligar a las partes a acudir personalmente al mismo o conceder poderes a su representante y menos aún a que el juez se implique en el acuerdo.

Esta implicación del juez en la conciliación tiene su explicación histórica en el hecho de que originariamente en la de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se exigía haber intentado la conciliación como requisito previo para poder presentar la demanda. La reforma de 1984 eliminó este requisito, convirtiendo en voluntario el acudir previamente al juicio a un acto de conciliación. La razón no fue otra que el haberse convertido tal requisito en una traba formal dilatoria dado su escaso éxito. Pero no renunció a ese intento de conciliación, sino que lo incorporó al juicio de menor cuantía en dicha reforma⁴¹. A pesar del escaso éxito que siguió teniendo los intentos de conciliación en esa comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía, se mantuvo en la de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que pretendió reforzar las posibilidades de éxito obligando a las partes a asistir por sí o por representantes con poder para conciliar, dividiendo la actividad conciliadora en dos momentos. Al inicio de la audiencia el juez debe limitarse a una mera comprobación de la subsistencia del litigio antes de seguir, pero una vez subsanados los eventuales defectos procesales y fijado definitivamente lo que es objeto del litigio si faculta al juez para exhortar a las partes a llegar a un acuerdo⁴². El Código Procesal

⁴¹ Artículo 692 LEC 1881, párrafo primero: “Comparecidas todas las partes, el juez declarará abierto el acto y, en primer término exhortará a las partes para que lleguen a un acuerdo”.

⁴² Artículo 415.1 LEC 2000: “Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de

Civil introduce algunos cambios para intentar dotar de mayor eficacia a esa intento de poner fin al litigio mediante un acuerdo. De un lado, endurece la obligación de asistir de las partes, como hemos visto, con respecto al precedente español; por otra parte obliga al juez a participar activamente para conseguir esa conciliación en el momento inicial de la audiencia preliminar, antes de la fijación definitiva de lo que es objeto de controversia, sin que después se regule ninguna intervención en tal sentido.

El juicio que merece el que deba implicarse el juez en un intento de conciliación es en términos generales negativo dado que puede afectar a su imparcialidad y objetividad, en tanto en cuanto pone su credibilidad en juego. Efectivamente difícilmente va a poder el juez asesorar a las partes sobre sus derechos y obligaciones, tarea por otra parte para la que ya tienen un profesional del derecho que se les obliga a contratar, y, sobre todo, proponer soluciones o fórmulas de acuerdo, sin tomar una postura con respecto a la controversia. Una vez que ha adoptado una postura antes de que las partes hayan terminado de precisar sus alegaciones y de que el juez haya tenido oportunidad de conocer la prueba, éste puede verse condicionado a mantenerla en su sentencia.

En la práctica española los jueces suelen limitarse prudentemente a comprobar que sigue existiendo el litigio y que no existe posibilidad de acuerdo. No obstante en ocasiones, la presión de un número de litigios superior al que razonablemente pueden tramitar les impulsa a tratar de obligar a las partes de un modo u otro para tratar de poner fin a la audiencia mediante un acuerdo, especialmente en los casos en que la solución parece obvia, lo que es sumamente discutible y discutido. No obstante, aunque no existen datos estadísticos al respecto, los acuerdos a que se llegan en la audiencia preliminar suponen un porcentaje mínimo, siendo además lo más frecuente en estos pocos casos que las partes lleguen ya a la audiencia con un acuerdo previo que quieren someter a la sanción judicial. Creo que la razón del poco éxito de la institución no se debe a la falta de implicación de los jueces y que una mayor intervención de los mismos no aumentaría significativamente este resultado. Es de puro sentido común que una vez que las partes ha llegado al enfrentamiento en un proceso contradictorio es porque previamente han agotado todas las posibilidades de acuerdo judicial, por lo que llegar a un acuerdo en el curso del litigio es altamente improbable, y tan pequeña probabilidad no merece las medidas que se adoptan en el Código Procesal Civil comprometiendo la imparcialidad del juez.

inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar al tribunal que homologue lo acordado". El artículo 428.2, una vez se han resuelto las cuestiones procesales, establece que "a la vista del objeto litigioso, el tribunal podrá exhortar a las partes ... para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio".

En el hipotético caso de que las partes hayan llegado o lleguen a un acuerdo en la audiencia, bien por iniciativa propia, bien por aceptar la propuesta del juez, se terminará el proceso en cualquiera de las formas prevista en la ley, según lo que hayan acordado las partes. Lo normal será una transacción judicial, pero no cabe descartar un desistimiento consentido por el demandado u otras soluciones. Si interesa resaltar que esta terminación no podrá hacerse de cualquier modo, sino ajustándose a uno que esté legalmente regulado y que respete los principios que regulan el proceso. Así no cabrá una sentencia de conformidad, no prevista en la ley, que no se ajuste a las pretensiones de las partes formuladas en sus escritos de alegaciones. Pero sí será admisible, por ejemplo, una resolución que tenga en cuenta una renuncia parcial del actor y un allanamiento al resto del demandado.

Si el acuerdo fuera parcial se adoptaran por el juez las decisiones pertinentes, en orden a la determinación de la controversia, pudiendo dictar resolución si el acuerdo afectase solo a alguno de los puntos objetos de litigio pronunciándose sobre ellos si fueran susceptibles de pronunciamiento separado, continuando el litigio con respecto a lo que no ha sido objeto de acuerdo.

Si no hay acuerdo, se pasará a la segunda fase de la audiencia preliminar.

3. Examen de los defectos procesales.- Conforme al artículo 449.1 CPC puede afirmarse que el **objeto** de esta fase procesal es examinar los defectos procesales que supongan un obstáculo a la válida continuación del proceso y a su finalización mediante resolución de fondo. Se trata en definitiva, como ya anunciábamos, de evitar que en el momento de dictar sentencia el juez encuentre obstáculos procesales o de forma que le impidan resolver el fondo del litigio. Puede pues decirse que la audiencia preliminar tiene por finalidad detectar tanto los defectos insubsanables antes de que se lleve a cabo la práctica de prueba, de manera que se ponga fin al procedimiento si la pérdida de tiempo y dinero que supondría llevar a cabo la actividad probatoria, como los defectos subsanables a fin de dar la oportunidad a las partes para que los corrijan y poder pasar de esta forma a la actividad probatoria y a la resolución de fondo. Ahora bien, la afirmación debe ser matizada en el sentido de que no solamente los defectos que impidan llegar a una resolución de fondo son objeto de la audiencia, sino también aquéllos otros que obstaculicen la presencia legítima de una de las partes. Es decir, si en el demandado existe un defecto de postulación insubsanable o que no se subsana, ello no impide una resolución de fondo aunque fuera apreciado. Tal defecto lo que supone es excluir la presencia de esa parte en el proceso. Más adelante insistiremos en este matiz.

Las decisiones que se tomen sobre esta materia pueden desde luego ser revisadas en un eventual recurso de apelación contra la resolución de fondo sin son alegadas por las partes o apreciables de oficio, recurso que de prosperar puede conducir a una sentencia absolutoria por defectos de forma o a una nulidad de actuaciones para que se subsana un defecto que no fue debidamente apreciado. Por tanto la audiencia preliminar disminuirá notablemente, como ha ocurrido en el caso español, los litigios imposibles de resolver por defectos de forma que lleguen hasta sentencia, pero en absoluto hará desaparecer el problema.

En cuanto a los **defectos** que se pueden alegar, el precepto enumera como tales la falta de capacidad, representación y postulación, indebida acumulación de pretensiones, oscuridad, ambigüedad en el modo de proponer la demanda o la reconvención, litispendencia y cosa juzgada, inadecuación de procedimiento o compromiso arbitral. Tal enumeración no supone en modo alguno un *numerus clausus*, sino que por el contrario podrán alegarse todos aquéllos defectos que puedan entenderse comprendidos dentro del objeto de esta fase de la audiencia, sin perjuicio de que se regulen de forma específica aquéllos que son más corrientes o usuales en la práctica. Esto puede deducirse de la expresión “*examen de cualesquiera defectos procesales*” que utiliza el artículo 449.1. No obstante se echa de menos una cláusula general más específica como la que contiene el artículo 425 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 española, que expresamente ordena la resolución de las no previstas especialmente aplicando por analogía las reglas establecidas⁴³.

Ahora bien, tales defectos no pueden ser alegados por cualquiera de las partes. Aunque el artículo 449.1 habla de “*defectos procesales alegados por las partes*”, en realidad, como ya señalábamos antes, tales defectos pueden ser también apreciados de oficio por el juez, siempre que previamente no se hubiese pronunciado expresamente sobre ellos, en cuyo caso lo impediría el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales (artículo 203 CPC). Así el control de oficio para supuestos concretos está expresamente previsto en distintos preceptos. Pueden citarse a estos efectos la obligación del juez de controlar su competencia objetiva y la territorial cuando venga impuesta por normas imperativas (artículo 31.1 y 41.1 CPC), la adecuación del procedimiento (artículo 403.1), la existencia de litispendencia y la cosa juzgada (artículo 455.1 CPC) o el cumplimiento en la demanda de los requisitos y la presencia de los documentos que legalmente se exigen de forma expresa para su admisión (artículo 426.2 CPC). Pero es que además ya decíamos que el artículo 12.2 CPC establece con carácter general la

⁴³ **Artículo 425.** Decisión judicial en casos de circunstancias procesales análogas a las expresamente previstas. La resolución de circunstancias análogas 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”.

facultad del juez, y correlativa obligación, de controlar de oficio la concurrencia de todos los presupuestos procesales especificados por la ley, así como la inexistencia de motivos de nulidad, antes de dictar sentencia. Este último precepto debe conducirnos nuevamente a la reflexión de que la audiencia preliminar es una oportunidad para subsanar los defectos procesales, pero no impide que de no detectarse o corregirse adecuadamente puedan dar lugar a una nulidad de actuaciones o a una sentencia absolutoria que no entra en el fondo, aunque es de esperar que estas situaciones queden reducidas a un mínimo razonable.

El actor y, en su caso el reconviniendo, encuentran expresamente limitada la posibilidad de hacer valer defectos procesales a los de capacidad, representación y postulación que se observen en la contestación a la demanda o en la contestación a la reconvencción, pero no se admitirá ningún otro defecto, según determina el artículo 449.2 CPC. Ello responde a una lógica procesal impecable. De un lado pueden hacer valer tales defectos puesto que no han tenido otra oportunidad de hacerlo antes. Por otra parte, no cabe que planteen defectos relativos a su propia acción. No tiene sentido que el actor pretenda el archivo por falta de litisconsorcio pasivo necesario porque ello supondría ir contra sus propios actos, lo que resulta contrario a la buena fe procesal.

Finalmente el demandado principal o reconviniendo tiene que exponer todos los defectos procesales que piense oponer en la contestación a la demanda o a la reconvencción, tal y como le obliga el artículo 434 CPC.

Cabe ciertamente que hechos ocurridos o conocidos con posterioridad a la demanda o a la contestación a la demanda introduzcan factores nuevos que impliquen defectos procesales impositivos de una resolución de fondo. Pero en este caso solo cabe el desistimiento, en el caso del actor o reconviniendo, o ponerlos en conocimiento del juez para que este resuelva lo procedente en caso de que pueda apreciarlos de oficio conforme a los preceptos citados.

Los **efectos** de la apreciación de estos defectos en la audiencia preliminar vienen regulados con carácter general en el artículo 450 CPC. Si fueran insubsanables, entonces se ordenará el archivo y sobreseimiento de las actuaciones. Esta regulación general se ve completada por disposiciones específicas para cada uno de los supuestos concretos que se regulan en el Código. Por tanto la norma general se aplicará solo en defecto de disposición especial sobre los efectos del defecto apreciado.

Se echan de menos en este artículo de carácter general disposiciones específicas para el caso de que los defectos afecten a la reconvencción o a la contestación a la demanda o a la reconvencción, materias que si aparecen tratadas en alguno de los casos concretos que se contemplan en el Código, si bien, como veremos, no de forma completa. Aplicando por analogía

alguna de esas soluciones e integrando lo demás con lógica podemos completar las reglas generales como a continuación se expone.

Si los defectos afectan a la reconvención, sólo cabrá excluir la tramitación de la misma, continuándose el proceso para resolver las pretensiones de la demanda. Más dudosa es la respuesta a la cuestión de si se puede continuar la tramitación de la reconvención si se aprecian defectos insubsanables en la demanda, dada la conexidad que exige la ley, la subordinación de la reconvención a la demanda y el no estar expresamente contemplado este caso en ningún precepto. Me inclino no obstante por una respuesta positiva siempre que la reconvención tenga una autonomía suficiente y que los defectos que impiden conocer la demanda no afecten también en razón de esa conexidad a la reconvención

Por otra parte, si los defectos afectan a la personación del demandado o a su contestación a la demanda, tanto al principal como al reconvenido, el efecto debe ser el no tener por comparecido al demandado, con la consecuente declaración de rebeldía, o por no contestada la demanda si el defecto afecta a ésta pero no a la personación.

La apreciación de defectos insubsanables en la audiencia preliminar que afecten a los actos de la fase de alegaciones supone en definitiva, como regla general, el que el juez deba reconsiderar y pueda rectificar las decisiones adoptadas en cuanto a la personación de las partes y la admisión a trámite de sus escritos en dicha fase, con las consecuencias que se han expuesto.

No contiene este artículo una mención específica a las costas para el caso de que se decrete el archivo y sobreseimiento del litigio o se excluya la reconvención. Parece que cuando los defectos impiden una resolución de fondo ello supone la desestimación de la demanda, por lo que habrán de imponerse las costas al actor que es el que ha dado lugar al litigio, todo ello aplicando la regla general del artículo 219.1 CPC. Si los defectos impiden que pueda continuar tramitándose la reconvención, pero no la demanda, las costas a los que la misma hubiera dado lugar deberán imponerse por la misma razón al demandado reconviniendo.

Si los defectos son subsanables entonces el juez otorgará un plazo máximo de diez días para la subsanación. Transcurrido el plazo sin que se haya llevado a cabo satisfactoriamente, las consecuencias serán las mismas que las atribuidas a los defectos insubsanables.

La exigencia de respetar el **orden** establecido por la ley se refiere solo a las fases de la audiencia preliminar, pero no al contenido de cada fase. En esta fase de saneamiento del proceso a la hora de desarrollar los casos concretos que expresamente se regulan, sin perjuicio de que pudiera haber otros, no he respetado el orden con el que aparecen expuestos en el Código porque entiendo que no responden a la lógica. En mi opinión el juez debe examinar en primer

lugar los problemas de capacidad, representación o postulación, porque sin resolver los mismos no cabe entrar en ninguna otra cuestión; en segundo lugar deben examinarse aquéllos cuya estimación impediría sin más seguir el proceso sin posibilidad de subsanación, es decir, la existencia de arbitraje y la litispendencia o cosa juzgada; seguidamente aquéllos otros que podrían excluir alguna de las pretensiones ejercidas, como la indebida acumulación de acciones, para continuar, una vez precisadas las pretensiones que pueden seguir, con los defectos afectan a la válida constitución de la relación procesal, como el caso del litisconsorcio y, finalmente, una vez que se sabe que el proceso puede seguir y que las partes están correctamente constituidas, es cuando puede entrarse a examinar si el procedimiento es el adecuado o debe seguirse otro. Los defectos no expresamente previstos en la ley se ajustarán a uno de estos momentos según su naturaleza y similitud, en cuanto a sus efectos, con alguno de los regulados.

Mezclados con estos defectos que requieren previo saneamiento, se encuentran otras cuestiones que no pertenecen a esta fase, sino a la siguiente, dado que su objeto principal es la correcta delimitación del objeto del proceso, materia que, además de no distinguirla adecuadamente del saneamiento propiamente dicho, de forma un tanto asistemática el Código divide en cuatro artículos que ni siquiera son correlativos.

Particularmente el supuesto de demanda defectuosa podría presentar dudas sobre si corresponde a una u otra fase. En el caso de que la demanda fuera absolutamente ininteligible podría encajarse la subsanación del defecto dentro del saneamiento del proceso, dado que sin saber la acción que se ejercita, no se podría entrar en cuestiones tales como la litispendencia, la indebida acumulación de acciones, el litisconsorcio o la adecuación del procedimiento. Sin embargo me parece improbable por no decir imposible que una demanda con tales características llegue en tal situación a la audiencia preliminar, dado que difícilmente podría el demandado ejercer su derecho de defensa si lo que se pretende no se establece sino hasta después de la contestación a la demanda. Este raro supuesto debe ser controlado y solicitada la subsanación en el momento de admitir a trámite la demanda y si no se hecho así, ello sería un supuesto de nulidad de actuaciones, dado que una vez establecida la pretensión, debería darse nuevo plazo al demandado para contestar adecuadamente la demanda. Por tanto me inclino por considerar que los supuestos que propiamente pueden examinarse en la audiencia preliminar en relación con la excepción de demanda defectuosa tienen relación con la delimitación del objeto del proceso porque ha de partirse de una acción claramente establecida, aunque pueda tener puntos oscuros, de modo que lo que se pretende en la audiencia preliminar no es el establecimiento por el actor de lo que pide, sino que aclare o precise una pretensión que en sus líneas esenciales debe quedar configurada antes de la contestación a la demanda. No obstante,

como en la práctica todo es posible, es evidente que de plantearse este problema de absoluta indeterminación de la demanda, debe de ser tratado en primer lugar.

Junto al criterio de ordenación que hemos expuesto podría proponerse otro alternativo cual es el de distinguir entre defectos insubsanables, cuya apreciación pone fin necesariamente al procedimiento, y otros que no conllevan necesariamente ese efecto puesto que su subsanación permitiría la continuación del mismo. En el primer caso estaría por ejemplo la litispendencia y en el segundo la demanda defectuosa. Parecería lógico que primero se examinasen los insubsanables, puesto que no parece que sea útil el examinar y, en su caso, la subsanación de los restantes si de todas formas el procedimiento no va a poder continuar. No obstante parece difícil, por no decir imposible, que podamos decidir si existe litispendencia si no puede determinarse con claridad lo que se pide en la demanda.

Pasamos a examinar los supuestos expresamente previstos relativos al saneamiento del proceso propiamente dicho distinguiendo según sean insubsanables o subsanables quizás por su mayor claridad expositiva, no obstante pensar que debe seguirse preferentemente el orden indicado, sin perjuicio de que el juez a la vista de las concretas circunstancias del caso concreto pueda alterarlo por otro más eficaz o conveniente.

a. INSUBSANABLES

1) LITISPENDENCIA O COSA JUZGADA.- Se encuentra regulada en el artículo 455 CPC, cuyo apartado 1 dice literalmente: *“Cuando se hubiere denunciado la litispendencia o la cosa juzgada, o este defecto fuera apreciado de oficio por el juez, se pondrá fin al proceso en el acto con archivo de las actuaciones.* Como señala SALAS CARCELLER⁴⁴ Ambas situaciones son en realidad lo mismo, pero considerado en diferente momento procesal. Mientras que la cosa juzgada en sentido material excluye la decisión sobre un proceso ulterior igual al que ya ha sido resuelto por sentencia firme, la litispendencia produce igual efecto mientras éste último aún no esté finalizado por sentencia o la misma no ha ganado firmeza. Esta relación se evidencia en el artículo 210.7 CPC donde se contemplan de forma equivalente. Puede afirmarse por tanto que la primera es institución preventiva y cautelar de la segunda y su fundamento o razón de ser se encuentra no solo en el propio interés de las partes, sino en el interés público acerca del proceso como instrumento para la paz social en relación con su necesidad y con el principio de economía procesal. El interés privado que se cubre es el de proporcionar al demandado un instrumento que le permita evitar la sustanciación de un nuevo

⁴⁴ Antonio SALAS CARCELLER, “La litispendencia y sus relaciones con la cosa juzgada”, en la obra colectiva “Excepciones procesales”, Cuadernos de derecho judicial, XXIV/1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid ,1994, página 49.

pleito idéntico al anterior, lo que no pocas veces tiene su razón de ser en el intento de subsanar defectos u omisiones que en el anterior no se pueden llevar a cabo. El interés público por su parte exige impedir un uso abusivo del derecho al proceso y a la tutela judicial efectiva que se produciría de permitirse la reiteración de su ejercicio de modo indefinido en relación con el mismo objeto. Todo ello además deberá conjuntarse con la finalidad, no menos importante, de evitar el eventual riesgo de emisión de sentencias contradictorias. Por todo ello es una cuestión de orden público procesal que puede ser apreciada de oficio.

A la litispendencia habrá de equipararse la prejudicialidad civil con esa misma finalidad de evitar sentencias contradictorias. Es decir, cuando a pesar de no existir sustancial identidad entre los dos pleitos, lo que se vaya a resolver en uno es presupuesto para el otro, deberá paralizarse este último para prevenir el riesgo de sentencias contradictorias y de imposible ejecución en armonía. De hecho, tal prejudicialidad forma parte integrante de la cosa juzgada en el artículo 210.5 CPC, por lo que igual función preventiva de la misma tiene su apreciación cuando todavía no haya recaído sentencia firma la alegación de esa excepción en la audiencia preliminar.

En cuanto a los requisitos son los mismos para la litispendencia y para la cosa juzgada, que estudiaremos más adelante, salvo, naturalmente, para la primera el de que haya recaído sentencia firme, es decir, identidad de procesos, en su triple vertiente de identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir.

La litispendencia y prejudicialidad comenzarán, como vimos, con la presentación de la demanda y terminarán con la resolución que ponga fin al otro proceso. Si es una sentencia firme sobre el fondo del asunto la litispendencia dará lugar a la cosa juzgada.

Los supuestos de litispendencia pueden reconducirse mediante la acumulación de procesos en aquéllos supuestos en que legalmente sea posible (artículos 100 y siguientes CPC), particularmente cuando el actor justifique motivadamente que no pudo acudir a la acumulación de pretensiones (artículo 102 CPC).

2) INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO.- Dedicamos el código a esta excepción el artículo 456, conforme al cual *“Cuando se hubiere denunciado error en la vía procesal que se estuviere siguiendo por discrepancia en la naturaleza de la pretensión, en el valor de la misma o en la forma de calcularlo, se oirá a ambas partes. El juez resolverá en el acto lo que proceda, y si hubiera de seguirse el procedimiento abreviado citará a las partes a la audiencia del mismo”*. Esta excepción no debe plantear mayores problemas, en primer lugar porque ya vimos que era exigencia de la demanda y de la contestación, si alega la excepción, fijar motivadamente la clase de procedimiento y aportar medios de prueba en relación con esta

materia, por lo que el juez debe tener suficientes elementos para resolver esa cuestión. En segundo lugar porque los problemas más complejos tendrán lugar en el caso de acumulación de pretensiones, pero tales problemas deben ser planteados y resueltos con carácter previo como indebida acumulación de pretensiones. Finalmente, porque al ser el proceso ordinario el que contiene mayores garantías procesales y exigencias de postulación, no debe haber problema alguno para reconducirlo al procedimiento adecuado en aras del principio de economía procesal, previendo esto expresamente la ley para el supuesto de que el procedimiento procedente fuese el abreviado, que es lo que ocurrirá en la mayor parte de los casos.

Si conviene resaltar que en el caso de imposibilidad de calcular la cuantía expresamente prevé el artículo 399.2 *in fine* la procedencia del proceso ordinario. Entiendo también que precisamente por ser el que mayores garantías ofrece deberá seguirse este procedimiento en el caso de dudas razonables al respecto.

El precepto alega que debe ser alegado el defecto por el demandado, pero ya vimos que el artículo 403 permite al juez de oficio apreciar la adecuación del procedimiento en cualquier momento, con la obligación de dar al asunto la tramitación que corresponda, lo que puede hacer en el momento de la audiencia preliminar, sin antes no ha resuelto expresamente esta cuestión.

3) EXISTENCIA DE COMPROMISO ARBITRAL.- Esta excepción debe ser tratada con carácter previo a la de litispendencia o cosa juzgada, porque de estimarse impide cualquier otro pronunciamiento del juez, incluida la declaración de la existencia de otro litigio pendiente o ya terminado por sentencia firme sobre el mismo objeto

Establece el artículo 455 CPC que “*Cuando se hubiere denunciado la falta de jurisdicción por existir el compromiso válido de someterle el litigio a la decisión de árbitros, se pondrá fin al proceso con sobreseimiento y archivo de las actuaciones con sobreseimiento y archivo de las actuaciones, reservando a las partes su derecho para acudir a la decisión arbitral*”. Como señala GONZÁLEZ GONZÁLEZ⁴⁵ la existencia de convenio arbitral válidamente pactado entre las partes aparece como suficiente para excluir la controversia del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes, y sin embargo la eficacia del convenio arbitral como excluyente de la jurisdicción no es automática ni necesaria, sino que dicha eficacia va a depender de la voluntad de al menos una de las partes intervinientes. En definitiva la preeminencia que en un estado de derecho ha de tener la jurisdicción a la hora de

⁴⁵ María Esther GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “La excepción de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, en la obra colectiva “Excepciones procesales”, Cuadernos de derecho judicial, XXIV/1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, página 246.

resolver los litigios impone al interesado la carga procesal de hacer valer el compromiso arbitral. De otro modo la ley entiende que hay una renuncia tácita al mismo que permite el que se dicte una resolución judicial que tendría plena eficacia y haría imposible un convenio arbitral posterior.

A la vista de esta configuración de la excepción, puede afirmarse que la posibilidad de que las partes sustituyan un litigio por un arbitraje es una consecuencia del principio dispositivo que, como regla general rige el proceso civil, de forma que si al igual que las partes pueden poner fin al proceso en cualquier momento, pueden válidamente renunciar al mismo de antemano y optar por la solución arbitral en los términos establecidos en las leyes. Siendo válido tal acuerdo o convenio, puede oponerse frente a cualquier intento de la otra parte de incumplirlo.

b. SUBSANABLES

1) DEFECTOS DE CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN O POSTULACIÓN.- Se regulan en el artículo 451 CPC, el cual parece considerar que todos estos defectos son siempre subsanables, lo que normalmente será la regla general. Por lo demás vuelve a reiterar innecesariamente el plazo de diez días para su subsanación.

De este precepto podemos destacar que, caso de no ser subsanados los defectos, diferencia entre que los defectos se aprecien en la demanda o reconvención o en la contestación a la demanda o a la reconvención. Las soluciones son las que ya hemos expuesto anteriormente con carácter general. Es decir, los defectos no subsanados en la demanda dan lugar al sobreseimiento y archivo de las actuaciones; en la reconvención a la exclusión de la misma y en la contestación a cualquiera de ellas a la declaración de rebeldía, sin que quede constancia de las actuaciones que hubiere realizado. La falta de capacidad, representación o postulación es un defecto de la personación por lo que su no subsanación implica necesariamente la rebeldía del afectado, el cual podrá personarse posteriormente en cualquier momento, una vez subsanado el defecto, pero sin que recobren validez las actuaciones eliminadas hasta ese momento, ni pueda retrotraerse el procedimiento. Si tal subsanación no se produce hasta después de la sentencia firme no podrá utilizar el la audiencia al rebelde, salvo que acredite que la falta de subsanación en un momento anterior se debió a fuerza mayor ininterrumpida y justificada. Quizá para evitar un retroceso y consiguiente repetición de actuaciones hubiera sido conveniente que, en el caso del demandado que puede ser declarado rebelde, se permitiera la ampliación del plazo para subsanar los defectos de capacidad, representación o postulación en caso de que se alegue y justifique una causa de fuerza mayor.

Como vimos anteriormente el demandado reconvenido será necesariamente el propio actor y eventualmente otras posibles personas. Estas últimas obviamente podrán ser declaradas en rebeldía. En cuanto al actor, la falta de capacidad, representación y postulación, normalmente afectaría también a la demanda, que no podría prosperar. En este caso, sólo se declararía su rebeldía si admitimos la hipótesis de que la reconvencción puede seguir en algunos casos aunque se rechace la demanda por este motivo. Si la reconvencción no puede seguir al desestimarse por estos defectos formales la demanda, entonces lo que procedería sería el archivo y sobreseimiento de las actuaciones, con imposición de costas al actor, dado que no parece que en este supuesto en que la reconvencción no puede continuar por una causa imputable al actor quepa imponer las costas de la misma al demandado reconviniendo. Como podemos ver la materia puede presentar algunas complicaciones que hubieran hecho conveniente una regulación específica de las costas procesales en estos casos.

2) INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.- Este cuestión se encuentra regulada en el artículo 452 CPC, conforme al cual, *“Si en la demanda se hubiesen acumulado diversas pretensiones y el demandado se hubiera opuesto motivadamente a esa acumulación, el tribunal oyendo previamente al demandante resolverá en la misma audiencia sobre la improcedencia o admisibilidad de la acumulación. La audiencia y el proceso seguirán su curso respecto de la pretensión o pretensiones que, según la resolución judicial, puedan constituir el objeto del proceso”*. Se menciona solo a la demanda, pero lógicamente el precepto es también aplicable a la reconvencción. Ya estudiamos que el tribunal debe examinar esta cuestión en el momento de admisión a trámite de la demanda, conforme se deduce del artículo 96.4 CPC. Si no lo ha hecho y no se ha pronunciado expresamente sobre ella podrá examinar de oficio en la audiencia si tal acumulación puede afectar al orden público procesal. En cualquier caso, se haya o no pronunciado antes sobre la acumulación, deberá reconsiderar la cuestión, y podrá modificar su decisión en su caso, si lo ha pedido el demandado en su contestación a la demanda o a la reconvencción.

Llama la atención el distinto tratamiento que otorga el artículo 452 a la solución que el artículo 96.4. Este último exige que el actor sea el que decida, conforme a las indicaciones del juez, cuales pretensiones retira y si no lo hace, se debe declararse inadmisibles la demanda. Es decir, no se permite al juez que elija entre las distintas acciones cuales de ellas han de seguir. El artículo 452 debe interpretarse de forma coordinada con este precepto y, en consecuencia, una vez que el juez se haya pronunciado, el actor es el que debe decidir si retira las acciones que el juez considera inacumulables, y caso de no hacerlo procederá el archivo y sobreseimiento de las actuaciones o la exclusión de la reconvencción.

3) FALTA DE LITISCONSORCIO NECESARIO.- El litisconsorcio necesario es un supuesto de pluralidad de litigantes regulado en los artículos 68 y 69 CPC. De acuerdo con el primero de estos artículos habrá litisconsorcio necesario cuando dos o más personas litigan en forma conjunta, como demandantes o demandados, porque la sentencia a dictarse respecto de uno pudiera afectar al otro. Por su parte el artículo 69 exige en este caso para poder dictar válidamente sentencia si todos demandan o son demandados según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario. El apartado 2 de este artículo faculta al juez incluso de oficio para asegurarse de la llamada al proceso de todos cuantos puedan ser afectados. A la subsanación del incumplimiento de este precepto se refiere el artículo 453 CPC que dedica a su regulación tres apartados.

Como ya vimos la tramitación de este incidente es especial puesto que es el único al que el actor está obligado a oponerse por escrito en el plazo de cinco días desde que se le notifique la contestación a la demanda, de modo que si no lo hace así, ya no podrá oponerse en la audiencia preliminar. No se entiende muy bien la razón de este tratamiento especial y el hecho de que, según se oponga o no, el plazo para presentar nueva demanda se cuente desde el auto resolviendo la oposición o desde la fecha de la audiencia preliminar. Aunque tampoco queda claro en el precepto si la resolución del juez, de no oponerse el actor en el plazo de cinco días, debe esperar o no a la audiencia preliminar. Hubiera sido conveniente un tratamiento unitario de esta materia, bien excluyéndola excepcionalmente de la audiencia preliminar dada su tramitación previa por escrito, bien suprimiendo la tramitación por escrito cuya razón de ser no se entiende muy bien.

En todo caso, si el actor se opone por escrito, se resolverá por auto que, como ya dijimos, podrá estimarla, otorgando diez días para subsanarla y señalando en caso de subsanación nueva audiencia, o archivando y sobreseyendo en caso contrario, o desestimarla y señalar nueva audiencia. Si el actor no se opone, entonces es en la audiencia cuando el juez debe otorgarle los diez días para proceder a la corrección, con iguales consecuencias según que se lleve o no a cabo la corrección.

Cabe indicar la posibilidad de resolver esta cuestión mediante la acumulación de procesos, en aquellos casos en los que el actor haya dirigido demandas distintas contra los demandados que necesariamente debían haber sido demandados de forma conjunta, siempre que pueda justificar las razones que tuvo para no acumular desde el principio las acciones, porque en caso contrario lo prohibiría el artículo 102 CPC.

A pesar de que el litisconsorcio puede ser pasivo o activo, en el artículo 453 sólo se regula expresamente, para el caso de su estimación, la necesidad de que el actor dirija la

demanda contra los sujetos que no fueron traídos al proceso. Nada dice para el caso de que el defecto consista en la necesidad de que demanden junto con el actor otras personas, lo que plantea dudas de si, una vez subsanado el defecto, deberá emplazarse nuevamente al demandado para que pueda, si lo desea, modificar su contestación a la demanda a la vista de los nuevos demandantes. Considero que la respuesta, de admitirse esta hipótesis, lo que no deja de plantear dudas como luego veremos, debe ser positiva por cuanto que la presencia de nuevos actores puede constituir una modificación relevante de la demanda inicialmente contestada.

En realidad la regulación en el Código Procesal Civil del litisconsorcio activo necesario constituye una absoluta novedad no exenta de polémica. La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 solo regula en su artículo 12.2⁴⁶ el litisconsorcio pasivo necesario y a él se refiere exclusivamente el artículo 420 LEC 2000 en sede de audiencia previa, el equivalente a la audiencia preliminar del Código. La razón no es otra que la de que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no regulaba en absoluto la excepción dilatoria o procesal de litisconsorcio necesario que fue una creación jurisprudencial del Tribunal Supremo que posteriormente recogió la vigente Ley. Sin embargo el Tribunal Supremo español nunca ha admitido el litisconsorcio activo necesario, única y exclusivamente el pasivo. Y ello porque reiteradamente rechaza que, en rigor, sea necesario un litisconsorcio activo, ya que nadie puede ser obligado a demandar, de suerte que la denominada falta de litisconsorcio activo necesario es en realidad un defecto de legitimación activa *ad causam* o una legitimación incompleta de la misma naturaleza⁴⁷. En definitiva no cabe exigir al actor que convenza a otras personas para que demanden con él, ni menos aún obligar de algún modo a esas personas para que intervengan como actores en el litigio. Si la presencia de esas otras personas es necesaria para ejercitar la acción, entonces lo que ocurre es que el actor, por sí sólo, carece de la legitimación necesaria, lo que constituye una cuestión de fondo que debe ser resuelta en la sentencia.

Por el contrario, en el caso de que la decisión que se adopte con respecto al demandado extienda o pueda extender necesariamente sus efectos a terceras personas, ello no priva de legitimación pasiva al demandado por el hecho de que esas otras personas no hayan sido llamadas, sino que impide una sentencia de fondo porque la misma causaría indefensión a esas terceras personas, que tienen derecho en aras de su evitación a que se ponga en su

⁴⁶ “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”.

⁴⁷ Entre otras muchas, sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de España de 11 de mayo y 5 de diciembre de 2000, 11 de abril de 2003 y 3 de noviembre de 2005.

conocimiento el proceso y a la posibilidad de intervenir en el mismo en condición de demandados.

Como vemos son dos situaciones claramente diferenciadas y con fundamentos no coincidentes, por lo que las soluciones también deben serlo. El examinar la legitimación del actor en la audiencia preliminar es algo de utilidad más que dudosa y contraviene el principio de que el proceso debe seguir un orden lógico, pues supone discutir y resolver sobre cuestiones que afectan al fondo del asunto y que en muchas ocasiones precisan la práctica de prueba para poder decidir. De la dificultad de resolver esa cuestión antes de la sentencia es buena prueba que el Código no prevea conducta alguna que deba realizar el actor para resolverla. En definitiva el litisconsorcio activo necesario debe ser exigido con un carácter sumamente restrictivo y, en mi opinión, sólo en aquéllos casos en que de algún modo la demanda se formule en nombre de una pluralidad de actores y quien lo haga sin embargo no haya acreditado o individualizado esa pluralidad o su capacidad para representarlos, es decir, más como un problema de representación que de litisconsorcio propiamente dicho.

4) DEMANDA DEFECTUOSA.- De todos los requisitos que ha de reunir la demanda y que ya examinamos, el más importante es precisar lo que se pide y por qué razón se pide y es el que en la práctica plantea mayores problemas en cuanto a su concreción. La falta de identificación del actor o del demandado, normalmente ya llegarán subsanadas a la audiencia preliminar de un modo u otro, al igual que la errónea designación del órgano judicial. Siguiendo a MUÑOZ JIMÉNEZ⁴⁸ podemos decir que la necesidad de que el objeto litigioso figure identificado y delimitado de manera correcta e idónea, requiere ante todo la correcta delimitación de la pretensión que se ejercita en la demanda, lo que además de ser condición necesaria para no causar indefensión al demandado, constituye también condición para que la tutela judicial pueda prestarse con eficacia y desde esta perspectiva trasciende la esfera de lo meramente particular para adquirir relevancia pública. La deficiente determinación de la pretensión que constituye el objeto del proceso, continúa diciendo este autor, puede llegar a imposibilitar enjuiciar el contenido de la pretensión⁴⁹, lo que hace necesario subsanar este defecto antes de pasar a la fase resolutoria y permitir además que tal corrección se encuentre entre los poderes de oficio del órgano judicial y no dejarlo sólo a la voluntad del demandado,

⁴⁸ Obra citada, página 197.

⁴⁹ Cita este autor las sentencias del Tribunal Supremo español de 17 de abril de 1979, por falta de hechos fundadores, la de 5 de diciembre de 1988, por pedimento impreciso, la de 2 de marzo de 1994, por deficiencias en la exposición de hechos e imprecisión en el suplico y la de 3 de diciembre de 1994 por falta de claridad y precisión en el *petitum*, como ejemplos de sentencias que debido a la ausencia de un sistema similar al que establece el Código Procesal Civil que impida que se llegue a la sentencia sin resolver el problema se ven

que puede tener interés en llegar por esta vía cómoda a una sentencia favorable, pero no necesariamente justa.

Dice el artículo 454.1 CPC que “*Cuando se hubiere denunciado la existencia de defectos en la demanda o en la reconvencción, o el juez los hubiera apreciado de oficio, pedirá en la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas*”. En este artículo se limita pues a establecer el examen de los defectos de la demanda y reconvencción, en ese entendimiento de que dichos escritos al contener las pretensiones que han de resolverse merecen un trato especial, ya que de no poder determinarse la pretensión ejercida no cabe dictar resolución justa sobre las mismas. Como indicábamos antes los defectos que deben examinarse en la fase de saneamiento son aquéllos que impiden determinar con claridad las pretensiones del demandante, puesto que mientras que no se sepa lo que pide no cabe seguir con el proceso. Su examen pues, en pura lógica, debería ser inmediatamente posterior a los defectos de capacidad, representación o postulación e inmediatamente anterior a los demás, ya que la fijación de la pretensión es imprescindible para resolver cuestiones como la litispendencia, la inadecuación de procedimiento o la situación de litisconsorcio.

Si no se puede determinar con una mínima claridad la pretensión el Código opta por una resolución que deje imprejuizado el fondo del litigio, en lugar de permitir que acabe el proceso en una resolución de dudosa justicia por tener que basarse en una pretensión confusa. Así señala el artículo 454.2 que cuando no se obtuvieran las aclaraciones o precisiones o las mismas no fueran satisfactorias se procederá al archivo y sobreseimiento de la demanda o a la exclusión de la reconvencción. Ello ocurrirá si al juez le es absolutamente imposible con los datos facilitados determinar siquiera sea por vía interpretativa cual es la petición. La tutela judicial efectiva, que se concreta en este punto en el principio *favor actionis* o *pro actione*, exige siempre llevar a cabo la interpretación más favorable para la mayor efectividad de los derechos fundamentales, de manera que el juez debe hacer un esfuerzo para lograr dar sentido a la demanda y agotar en la audiencia preliminar todas las posibilidades que le ofrece la ley para ello. Ahora bien una cosa es la facultad y obligación del juez de interpretar las peticiones de la demanda de acuerdo con el principio *pro actione* y otra muy distinta descifrar enigmas o tener que plantearse hipótesis sobre bases ininteligibles, lo que equivale a que prácticamente falte la petición y no pueda resolver por ausencia de la misma.

Ahora bien, como ya señalábamos antes, lo normal es que los casos extremos en que sea imposible en absoluto determinar en que consisten las pretensiones de las partes queden

obligadas a desestimar la demanda no por la falta de razón del actor, sino por la defectuosa formulación de la misma.

resueltos antes de la contestación a la demanda o a la reconvencción, puesto que es requisito previo para poder llevarla a cabo sin menoscabo del derecho de defensa conocer cuando menos en sus aspectos esenciales la pretensión que se ejercita en la demanda o en la reconvencción. Para la audiencia preliminar solo debe quedar la resolución de las dudas que plantee al demandado la demanda, o aquéllas otras que, sin afectar a elementos esenciales para su configuración, pueda tener el juez, lo que corresponde más bien a la fase de fijación de la pretensión y de los términos del debate. Lo contrario sería permitir en la práctica alteraciones sustanciales de la demanda con posterioridad a la fase de alegaciones, con infracción de la prohibición contenida en el artículo 429 CPC. Por tanto, insisto en que, excepcionalmente, de admitirse una subsanación de tal envergadura en la audiencia preliminar, lo que no deja de ser discutible, ello debería dar lugar si lo solicita el demandado a una nulidad de actuaciones para que este pudiera contestar la pretensión desconocida hasta ese momento.

En todo caso, la solución legal para el caso de que sea imposible determinar con la suficiente precisión la pretensión en la audiencia preliminar es beneficiosa para el actor puesto que en lugar de una sentencia desestimatoria de su pretensión que genere cosa juzgada por imposibilidad de entender lo que pide, se dicta un auto de archivo que no le impide en el futuro replantear su demanda precisando y determinando de forma clara y precisa las pretensiones, lo que sin duda alguno responde mejor a la tutela judicial efectiva.

4. Fijación de la pretensión y de los términos del debate.- El Código dedica a la concreción y corrección de las alegaciones iniciales de las partes cuatro artículos, el 458 en orden a la fijación de la pretensión, el artículo 459 para la fijación de los términos del debate y el artículo 460 para la introducción de hechos nuevos o de nuevo conocimiento. Esta proliferación de artículos para concretar las alegaciones de las partes no tiene mucho sentido y es contraproducente puesto que dará lugar si se respeta el orden establecido en la ley a que se discutan una y otra vez las mismas cuestiones. Hubiera sido más sensato tratar todas estas cuestiones en un solo artículo dedicado a la aclaración y fijación definitiva de lo que es la controversia objeto del proceso, que además debería ser el último paso, una vez examinados todos los posibles defectos y antes de entrar en la proposición de prueba.

Por tanto, una vez eliminados obstáculos procesales propiamente dichos, el juez debe proceder a despejar todas las dudas que pueda plantear lo que es objeto del proceso, , estableciendo los hechos de forma definitiva, fijando la pretensión y determinando que es lo que acepta y que es lo que rechaza el demandado, de manera que se pueda saber con certeza que es

lo que necesita prueba y cuales son los puntos controvertidos que debe resolver la sentencia, como requisitos previos para decidir si es precisa una fase probatoria y el contenido de la misma.

a) Introducción de hechos nuevos o de nuevo conocimiento.- La concreción de la pretensión y de los términos del debate tiene como presupuesto lógico la fijación definitiva de los hechos, por lo que en primer lugar deberá examinarse cualquier alegación relativa a la existencia de hechos nuevos o de nuevo conocimiento. Ya estudiamos antes la posibilidad de introducir hechos nuevos con posterioridad a la demanda que con carácter general regula el artículo 431 CPC una vez transcurrido el plazo para realizar alegaciones. Decíamos que había que considerar que el plazo de alegaciones terminaba con posterioridad a la audiencia preliminar, puesto que hasta la misma cabía la posibilidad de completar y precisar la demanda. Efectivamente establece el artículo 460.1 CPC que *“Las partes podrán poner de manifiesto en la audiencia cualquier hecho que sea relevante para la fijación de la causa de pedir o para la concreción de los términos del debate, siempre que tales hechos hayan acaecido con posterioridad al momento en que se formularon las alegaciones iniciales o, si hubieran acontecido antes, se hubieran conocido por las partes con posterioridad a dicho momento”*.

Llama la atención que mientras que el artículo 431 establece como requisito la relevancia para la decisión del pleito, el 460.1 refiere tal requisito a la relevancia para fijar la causa de pedir o para la concreción de los términos del debate. No creo sin embargo que el requisito, a pesar de los diferentes términos empleados, difiera en lo sustancial. También en la audiencia preliminar, dado los reparos que plantea esta posibilidad de introducir hechos nuevos una vez terminada la fase escrita de alegaciones, no debe ser suficiente que tengan relación con el pleito, sino que han de ser relevantes, es decir importantes, significativos, de modo que tengan potencialidad suficiente para influir decisivamente en la resolución del litigio.

Por lo demás, es preciso que hayan ocurrido después de los respectivos escritos de alegaciones iniciales, según los alegue el actor o el demandado, pero frente a la inmediatez que se exige en adelante por el artículo 431, las partes podrán sin embargo diferir la alegación del hecho hasta la audiencia preliminar aunque lo hayan conocido en un momento anterior.

No se requiere su planteamiento por escrito, ni resolución escrita, sino que bastará la decisión oral que no es susceptible de recurso alguno. Tampoco se otorga plazo alguno a la otra parte para estudiar la nueva alegación. Deberá pronunciarse en el acto y en su caso proponer de inmediato prueba sobre el hecho. Quizás la ley no considera necesario el traslado por escrito a la vista de la posibilidad de debatirlo oralmente y plantear prueba. Pero no hubiera estado de más la previsión de la alegación de hechos nuevos como posible causa de interrupción de la

audiencia preliminar cuando la complejidad y trascendencia del hecho nuevo haga preciso un tiempo de reflexión, estudio y preparación para que no se produzca indefensión. La única posibilidad la respecto, por aplicación de los artículos 177 y 180 CPC, es el acuerdo de las partes sobre la interrupción, lo que raramente será factible salvo que ambas aleguen hechos nuevos que precisen estudio. También es posible que el juez, a la vista de la complejidad, considere que no puede decidir en el acto sin un estudio previo de lo alegado, facultad que debería utilizar de forma prudencial para evitar indefensión.

Ha de insistirse que, lógicamente, a pesar de la ubicación del artículo 460, esta cuestión debe ser examinada antes de la fijación de los términos del debate y del objeto de la prueba. Obviamente la proposición de prueba podrá versar también sobre los hechos nuevos alegados y así lo prevé expresamente el artículo 460.2 CPC, en concordancia con otra parte con el artículo 241.1 CPC.

b') Determinación de la pretensión de la demanda o de la reconvención.- Como ya anunciábamos este es propiamente el momento de revisar, a petición del demandado o de oficio por el juez si se trata de presupuestos procesales de orden público, si la demanda cumple los requisitos intrínsecos y extrínsecos imprescindibles para que pueda ser considerada como tal. Delimitados los hechos que definitivamente se alegan, debe procederse a aclarar y fijar las pretensiones y los términos del debate.

El artículo 458.1 CPC permite además al demandante o reconviniente hacer las precisiones, aclaraciones y concreciones que estime oportunas en relación con la pretensión deducida en la demanda o reconvención. Es decir aunque el demandado no haya planteado la excepción de demanda defectuosa o el juez no considere necesarias aclaraciones sobre la pretensión ejercitada, el Código permite que el propio actor, o el reconviniente, si entienden que por error o por cualquier otro motivo lo que se dice en la demanda no refleja exactamente lo que realmente quisieron decir, lo aclare, siempre claro está que no altere o modifique sustancialmente la demanda o reconvención, lo que dicho artículo prohíbe en términos taxativos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 429.

En su apartado 2 el artículo llega aún más lejos, porque permite añadir pretensiones accesorias a las planteadas en su demanda, en cuyo caso sin embargo ha de oírse al demandado y si este se opusiera el juez solo la admitirá cuando entienda que no supone menoscabo para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, lo cual ocurrirá cuando dicha pretensión accesoria no altere sustancialmente la demanda, por lo que no hace precisos nuevos medios de defensa por parte del demandado.

c) Hechos controvertidos: fijación de los términos del debate y del objeto de la prueba.- Una vez delimitado los hechos y fijadas y aclaradas las pretensiones de la demanda, es el momento de comparar la demanda con la contestación a la demanda, determinando con precisión aquello en que las partes están de acuerdo y aquello otro en lo que discrepan.

Para llevar a cabo esta tarea el artículo 459 permite que las partes puedan hacer cuantas precisiones, aclaraciones y concreciones crean oportunas para establecer la más completa y precisa fijación de los términos del debate, pero también podrá el juez requerir en este sentido a las partes para que aclaren los puntos dudosos y oscuros. En realidad este artículo y los artículos 454 y 458, como ya decíamos, forman una unidad, dado que resulta difícil y artificioso distinguir los tres momentos que se regulan en ellos. Hubiera bastado un solo artículo para regular adecuadamente esta fijación de los términos del debate.

Es el momento adecuado para exigir a las partes que se pronuncien de manera inequívoca sobre la aceptación, impugnación u oposición a los hechos, documentos y dictámenes aportados de contrario, bien porque no lo hayan hecho con la suficiente claridad, bien porque por cualquiera de las causas establecidas en la ley no hayan tenido oportunidad de hacerlo antes. En definitiva, en esta fase debe despejarse cualquier oscuridad sobre las pretensiones o excepciones de las partes y sobre su postura frente a las pretensiones o excepciones de la parte contraria.

Consecuencia de esa concreción es la definitiva fijación de los hechos que precisan prueba a lo que dedica otro artículo el Código. Establece el artículo 462 que las partes de acuerdo con el juez o tribunal fijaran los hechos sobre los que exista disconformidad, así como los que resulten admitidos de acuerdo con el tribunal por ambas, que quedarán excluidos de la prueba. Esta admisión puede ser expresa o presunta, como ocurre por ejemplo cuando el demandado responde con el silencio o respuestas evasivas a los hechos del actor (artículo 434 CPC). Entiendo que esta misma solución es aplicable con respecto a la respuesta del actor a los hechos que alegue el demandado como apoyo de su oposición, si en la audiencia, requerido para ello, no los niega con al suficiente claridad y rotundidad. Este artículo 462 forma por tanto parte integrante de la fijación de los términos del debate y es inseparable de los demás dedicados a esta materia, siendo el momento procesal adecuado, para que a la vista de las manifestaciones de la parte el juez fije los hechos admitidos y los notorios. Estos últimos no aparecen expresamente mencionados, pero entiendo que puesto que no precisan prueba y son tratados en el artículo 235 CPC en igualdad de condiciones con los hechos admitidos, debe el juez pronunciarse en este momento procesal sobre los mismos.

En el caso de que exista disconformidad sobre todos o alguno de los hechos, deberá pasarse necesariamente a la práctica de prueba que versará exclusivamente sobre aquellos en que existe disconformidad, es decir con exclusión de los admitidos y de los que el juez considere notorios, dando lugar a la siguiente fase de la audiencia preliminar, para que se proponga por las partes la prueba que a su derecho convenga de no haberlo hecho antes (artículo 463 CPC).

5. Proposición de pruebas.- En la última fase de la audiencia preliminar la regulación es distinta en función a los supuestos que pueden darse en la práctica, partiendo todos ellos de la existencia de disconformidad en cuanto a todos o alguno de los hechos y a la necesidad de práctica de prueba.

En primer lugar debe recordarse, como ya vimos, que existen algunas pruebas que no cabe proponer en este momento en cuanto que es obligado aportarlas con los escritos de alegaciones, básicamente las documentales y las periciales. No obstante, cabe excepcionalmente aportarlas en un momento posterior. En este sentido el artículo 461 permite presentar en la audiencia preliminar nuevos documentos o informes de peritos *“que se hayan revelado necesarios considerando las alegaciones iniciales de la parte contraria. También podrán presentar los que deriven de las precisiones, aclaraciones y concreciones efectuadas en la propia audiencia”*. Entiendo que este es el momento procesal para la aportación de estos documentos, es decir, una vez que se hayan fijado los hechos controvertidos precisados de prueba, puesto que solo en este momento se podrá decidir con fundamento sobre la pertinencia, necesidad y utilidad de estos documentos. Señala expresamente el precepto que la decisión del tribunal al respecto, que deberá ser un auto oral, será irrecurrible, sin perjuicio de su replanteo con la apelación de la sentencia. Lógicamente el precepto ha de entenderse referido a lo que antes hemos denominado anexos materiales o relativos al fondo del asunto, dado que los documentos que puedan servir para subsanar algún defecto procesal si podrán y deberán aportarlos las partes en el momento en el que se debata y resuelva sobre el mismo.

Este precepto es otro ejemplo de la falta de sistemática del Código al regular de forma duplicada determinadas situaciones y además con contenidos distintos en cada ocasión. Efectivamente el artículo, en relación con los documentos que se pueden aportar, reitera la regulación contenida el artículo 287.2 CPC, pero no exactamente. Por una parte se amplía su contenido, dado que otorga la facultad a todas las partes, y no solo al actor, permitiendo que la necesidad del nuevo documento resulte no solo de las alegaciones iniciales, sino también de las precisiones, aclaraciones y concreciones efectuadas en la propia audiencia. Por otro lado, no

sólo se podrán presentar los documentos, sino que deberán presentarse en la audiencia preliminar todos los documentos que se encuentren en alguno de los restantes casos del artículo 287, cuando ya se conocieran o fuera posible su aportación en este momento procesal. También reitera el artículo 461 lo dispuesto con respecto a los dictámenes periciales por el artículo 319, en este caso con una mayor coincidencia de contenidos, pero omitiendo la posibilidad que si concede ese precepto de aportarlos con al menos cinco días de antelación a la audiencia probatoria.

Sobre esta cuestión hay que recordar nuevamente que no basta con que se rebatan o discutan con nuevos argumentos hechos alegados por el contrario y que este debe acreditar, sino que es preciso que se afirmen para rebatir las pretensiones de la otra parte hechos nuevos o aspectos sustancialmente nuevos. Esta situación puede darse como consecuencia de la contestación a la demanda o a la reconvenición para el actor o actor reconviniendo puesto que la primera ocasión que tienen para responder es en la audiencia preliminar. Obviamente, el demandado o el demandado reconvenido no podrán alegar la necesidad del nuevo documento con base a las alegaciones de la demanda o de la reconvenición.

Resulta por otra parte difícil pensar en que las partes puedan prever lo que va a decir el contrario en el acto de la audiencia preliminar y vayan provistos de documentos al respecto. No obstante sólo en el caso de que se tengan los documentos se podrán aportar, dado que no parece que el precepto permita la suspensión de la audiencia para la aportación de estos documentos o la aportación posterior en la audiencia probatoria.

En cuanto a las restantes pruebas ya vimos que podían proponerse en los propios escritos de alegaciones o en el acto de la audiencia preliminar, a elección del litigante. Una vez fijada por las partes las pruebas de las que pretendan valerse, el juez examinará la propuesta y decidirá en primer lugar sobre su admisión. La decisión sobre la admisión estará basada fundamentalmente en que las pruebas propuestas cumplan los fines que les asigna el Código. Establece al respecto el artículo 228 CPC que a través de los medios de prueba las partes acreditan las afirmaciones de hecho alegadas que sean controvertidas, convencen al juez o tribunal de la verdad o certeza de un hecho, o lo verifican como cierto a los efectos del proceso. El artículo 234 CPC precisa que la prueba deberá recaer sobre los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. Eventualmente según los apartados 2 y 3 de este último artículo también pueden ser objeto de prueba los usos y costumbres, salvo conformidad de las partes al respecto, y el derecho extranjero que el tribunal no tiene por qué conocer.

Las **causas de inadmisión** están recogidas en el artículo 236 CPC y conforme al mismo son inadmisibles:

- a) Las pruebas ilícitas, que son las que se hayan obtenido vulnerando derechos fundamentales o contra las prohibiciones del artículo 237, que se refiere a la prueba obtenida vulnerando directa o indirectamente garantías procesales legalmente reconocidas.
- b) Las prueba impertinentes por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso. En este caso la prueba no cumpliría la finalidad que le asigna el artículo 228 ya citado de acreditar afirmaciones de hecho alegadas. Pero no se trata solo de que sean hechos alegados, sino además, a la vista del citado artículo 234, que tengan relación con la tutela judicial que se pretenda obtener. Es decir, solo cabe probar hechos alegados en cuanto que sirven de sustento a la pretensión o excepción que se pretende hacer valer, pero no hechos que, aunque alegados, no tienen relación alguna con ella.
- c) Las pruebas improcedentes por no ser necesarias. Quedan por tanto fuera de la actividad probatoria los hechos no controvertidos por existir plena conformidad de las partes. Los principios dispositivo y de aportación de parte implican que son las partes las que han de configurar la base fáctica sobre la que ha de aplicar el derecho el tribunal, sin que en ningún caso pueda este desconocerla con base a su conocimiento privado (artículo 11 CPC), salvo que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes, por existir un interés público con respecto a la misma que obliga al juez a averiguar la verdad por encima de la voluntad de la partes y a resolver conforme a la misma. Igualmente tampoco puede consentir la creación de una realidad ficticia cuando la misma afecte al orden público, como ocurriría en el caso de que las partes pretendan utilizar el proceso para conseguir fines ilícitos o fraudulentos (artículo 235 CPC). No solamente los hechos no controvertidos están exentos de prueba, también los hechos notorios, entendiéndose por tales no los que sean notorios para el juez, cuyo conocimiento privado no puede ser fundamento para excluir la necesidad de prueba de un hecho, sino los que gocen de notoriedad absoluta y general.

- d) Las pruebas inútiles, que son aquéllas sobre las que razonablemente pueda afirmarse *a priori* que no van a poder cumplir su finalidad de esclarecer los hechos controvertidos sobre los que se proponen.

Pero la novedad del Código es que el Juez no solo se limita a examinar la procedencia de la prueba propuesta, sino que puede decidir sobre la suficiencia de la misma. Así establece el artículo 239.6 CPC que *“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba”*. Pero incluso aunque no lo hiciesen el artículo 229.2 CPC, frente a la regla general de que las pruebas solo se practican a instancia de parte, lo que es una consecuencia del principio dispositivo que rige el proceso civil, permite que *“Sin embargo, excepcionalmente, el tribunal puede acordar de oficio y por medio de auto, que se practiquen determinadas pruebas complementariamente a las propuestas por las partes, cuando considere que los medios aportados por las partes son insuficientes, de modo que impidan una correcta formación de su convicción, sin perjuicio de sus facultades durante el desarrollo de las audiencias en que se practique la prueba”*. En el párrafo 3 se añade que *“Esta facultad judicial nunca significará que el juez pueda tener iniciativa probatoria, sustituyendo los deberes y las cargas de las partes al respecto”*.

Como señala SEIJAS QUINTANA⁵⁰ la interpretación de estas facultades, que también constituyeron una novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que se alejaba de los principios tradicionales del proceso civil⁵¹, ha preocupado a los jueces españoles, en especial las consecuencias de no haber sido puesta de manifiesto a las partes la insuficiencia de la prueba propuesta. Puesto que el Código llega más lejos, dado que permite al juez incluso proponer directamente la prueba aún cuando las partes no acepten su advertencia, el problema se acentúa con respecto a si posteriormente, a la hora de dictar sentencia, puede el juez basar la misma en el incumplimiento por las partes de su carga probatoria.

⁵⁰ Obra citada, página 433.

⁵¹ Artículo 429.1, párrafo segundo, LEC 2000: *“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.*

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

FERNANDEZ SEIJO⁵² critica esta institución al permitir al juez pronunciarse sobre la suficiencia de la prueba cuando todavía no conoce el resultado de la propuesta, al tratarse de una facultad que compromete de forma indudable su imparcialidad y al no quedar resuelta en la ley ese problema de que no se haga uso de la facultad y sin embargo desestime las pretensiones por falta de prueba, lo que, en su opinión abre un nuevo campo a la segunda instancia y al recurso extraordinario de infracción procesal. Aboga por ello por una interpretación restrictiva en tanto en cuanto el juez solo puede “reforzar” por este mecanismo los medios de prueba ya planteados por las partes, pero no introducirlos *ex novo*. Además entiende que la facultad debe sujetarse a las siguientes condiciones:

1.- Debe haber habido un recibimiento a prueba y una proposición de pruebas. Es sobre esa proposición sobre la que debe recaer el juicio de insuficiencia.

2.- El juez debe concretar los hechos o hechos cuya prueba queda “debilitada”.

3.- El juez debe vincular esa deficiencia o debilidad a las pruebas propuestas.

En el Código Procesal Civil, al contrario de lo que ocurre en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, donde se contempla en la audiencia previa del proceso ordinario, la facultad se regula en sede de normas generales sobre la prueba, por lo que el principal campo de aplicación de estos preceptos debe ser los litigios en los que las partes actúan sin estar asistidos de un profesional del derecho y con frecuencia desconocen las reglas sobre la carga de la prueba que no siempre son fáciles de entender por los legos en derecho. También está claramente justificada esta facultad en aquéllos casos en los que existe un interés público que el Juez está obligado a proteger y tener en cuenta.

En cualquier caso se trata de un mecanismo claramente discrecional. El juez puede utilizarlo en aras de la tutela judicial efectiva, la averiguación de la verdad, la adopción de una decisión justa o la protección de intereses de naturaleza pública. Es decir su uso debe quedar limitado exclusivamente cuando resulte obvio o evidente la necesidad de una prueba sin la cual es imposible llegar al conocimiento de la verdad, prueba que de alguna manera se encuentra dentro de lo que quieren las partes pero no han sabido concretar; en definitiva para subsanar errores involuntarios manifiestos o evidentes que perciba en la audiencia preliminar en orden a la proposición de prueba, pero sin sustituir la iniciativa de las partes ni relevarles de sus deberes, salvo que exista un interés público que está obligado a proteger. Pero, además de que dicha facultad debe usarse con suma prudencia y de forma excepcional, especialmente en orden a imponer pruebas no queridas por las partes y que estas sin embargo deberán costear, en ningún caso está obligado a hacerlo, por lo que su omisión no supone infracción de las normas del

⁵² Obra Citada, página 155.

proceso, ni afecta al derecho de las partes causándoles indefensión, ni exime a estas de la carga de probar los hechos en que fundan sus pretensiones o excepciones, ni en definitiva impide desestimarlas por insuficiencia de la prueba practicada.

En la práctica procesal española en los siete años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se ha hecho un uso escasísimo, por no decir nulo, de la institución. Tampoco existen resoluciones que anulen una sentencia de primera instancia que absuelva por falta de actividad probatoria suficiente sobre la base de no haber utilizado la facultad del artículo 429.1. Más bien al contrario se percibe un cierto rechazo a lo que se considera una institución contradictoria con los principios lógicos del proceso civil⁵³.

En conclusión, hubiera sido deseable que tal facultad hubiera quedado delimitada y restringida con mayor claridad que lo que ha hecho el Código al resultar perturbadora para el normal funcionamiento del proceso civil, afectando a un principio tan esencial del mismo como el dispositivo, limitando especialmente la facultad de proponer pruebas a los casos en que ello sea preciso para la protección de intereses públicos en aquéllos procesos en que estos puedan quedar afectados.

Establecidas las pruebas que van a practicarse, exige el apartado 2 del artículo 465 la determinación de cuáles testigos y peritos han de citarse por la oficina judicial y cuáles otros se comprometen las partes a traer sin necesidad de citación judicial. En este momento por tanto las partes deberán decidir si es el órgano judicial el que ha de citar a sus testigos y peritos y cuales otros asistirán por su cuenta. Evidentemente si la parte tiene la posibilidad de traer ella misma a estas personas, ello no solo facilitará la labor del tribunal y garantizará la práctica de la prueba, sino que hará más fácil también determinar los gastos que conlleva. Es por tanto buena

⁵³ Puede servir a título de ejemplo del rechazo o interpretación restrictiva de la institución en la práctica la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª, de 2 de junio de 2003, ponente Luis Adolfo Mallo Mallo que literalmente dice: “En tal marco normativo el art. 429.1 Párrafo 2º LEC. resulta un precepto extraño y aún perturbador, que, en todo caso, no pasa de atribuir al juzgador una mera facultad para anticipar un juicio sobre la suficiencia o no de los medios probatorios propuestos por las partes (no del resultado de la actividad probatoria aún no practicada), sin que el no uso de dicha facultad por el Juzgador pueda ser revisado en la alzada, y sin, en ningún caso, dicha norma pueda servir de pretexto para atribuir al juzgador una insuficiencia probatoria sólo imputable a las partes sobre las que recae la carga de alegar y probar los hechos que soportan sus pretensiones”.

En el mismo sentido negativo la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 19 de mayo de 2003, ponente Eugenio Santiago Dobarro Ramos, en la cual se señala que “Y, así, lo que pretende la parte apelante en su invocación del artículo 429.1 LEC, es que la prueba en el proceso civil se proclame como prueba de oficio, es decir, que sea el Juez civil quien deba señalar al Abogado de la parte las pruebas que ha de proponer para ganar el pleito, con el consiguiente prejuzgamiento de la cuestión planteada e incluso con la consiguiente quiebra del principio de igualdad de armas.

Y, así, debe de señalarse que dicho precepto debe de enmarcarse en sus justos límites que resultan de la interpretación sistemática respecto de toda la normativa de prueba en el proceso civil, y sin olvidar, que la facultad admonitoria del juez, es potestativa, así como la expresión "podrá" del inciso 2 de dicho artículo 429.1, igualmente corrobora”.

práctica forense reservar la citación judicial para aquéllos supuestos en los que se prevea razonablemente que el testigo no va a comparecer si no recibe la intimación oficial para hacerlo.

De igual modo es el momento de precisar la prueba que ha de practicarse mediante auxilio judicial, lo que exige el artículo 465.3. La utilización del auxilio judicial para llevar a cabo la prueba contraviene el principio de inmediación que establece el artículo 16 CPC y por ello se configura como un medio excepcional, cuando resulte absolutamente necesario. Los casos en que procede el auxilio judicial en materia de prueba están recogidos en el artículo 159 CPC. Del examen de este artículo resulta que el auxilio judicial en materia de prueba podrá utilizarse en los siguientes casos:

- a) Cuando la prueba requiera el desplazamiento del juez fuera de la circunscripción judicial o fuera del municipio de la sede y el juez no considere posible o conveniente el mismo.
- b) Cuando se trate de partes, testigos o peritos que residan fuera de la sede judicial y por razón de la distancia, la dificultad del desplazamiento u otras circunstancias personales o análogas resulte imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del tribunal.

Debe citarse en relación con esta materia también el artículo 118.2 CPC que determina que cuando el acto procesal haya de llevarse a cabo fuera de la sede judicial habrá de hacerse, cuando proceda, por auxilio judicial, teniendo facultades el tribunal sin embargo, conforme al apartado 3, para constituirse fuera de la sede en cualquier lugar dentro de su circunscripción cuando ello fuera necesario para la practica de la prueba.

Mientras que el artículo 159 extiende la facultad de desplazamiento para practicar prueba fuera de la circunscripción, el artículo 118 parece limitarla a la circunscripción. Entiendo que la discordancia entre ambos preceptos debe salvarse a favor de la extensión de la facultad a cualquier lugar dentro del territorio nacional. La cuestión desde luego dista de estar clara puesto que a la hora de regular las pruebas concretas parece exigirse el desplazamiento del juez cuando se trata de una prueba a practicar fuera de la sede pero dentro de la circunscripción judicial, y el auxilio judicial cuando deba practicarse fuera de la circunscripción judicial. Los artículos 243 y 244 CPC, en sede de reglas generales sobre práctica de la prueba, no aclaran la cuestión al limitarse a regular la obligación del tribunal de determinar el lugar y notificarlo a las partes con la suficiente antelación cuando la prueba vaya a tener lugar fuera de la sede del tribunal. Por su parte los artículos 264 y 265 CPC permiten el interrogatorio de la parte en su domicilio en determinadas circunstancias, llevándose a cabo mediante auxilio judicial cuando resida fuera de la circunscripción judicial. Igualmente el artículo 305 CPC permite el interrogatorio de los

testigos en determinadas circunstancias en su domicilio, previendo el auxilio judicial cuando el testigo resida fuera de la circunscripción judicial.

6. Decisión sobre la audiencia probatoria.- Cumplidas todas las anteriores fases, debe decidirse si procede el señalamiento de la audiencia probatoria, cuando sea precisa para la practica de la prueba acordada, o si la misma es innecesaria, lo que ocurrirá cuando no haya prueba pendiente de practica, o pueda practicarse la admitida en la misma audiencia preliminar.

A) Señalamiento de la audiencia probatoria.- Fijada la prueba que ha de practicarse y precisando la misma, o parte de ella, una audiencia para ello, se fijará la fecha de comienzo de la misma que deberá estar comprendida dentro de los dos meses posteriores a la audiencia preliminar en razón de la dificultad de su preparación, la cual se podrá practicar en una o más audiencias. Nuevamente nos encontramos con un plazo cuyo cumplimiento dependerá en buena medida de las disponibilidades de los órganos judiciales encargados de aplicar el proceso.

La citación de las partes tendrá lugar en la propia audiencia preliminar, salvo la de aquéllas que no hayan comparecido en cuyo caso se hará personalmente. A pesar del término que se utiliza entiendo que la citación que podrá hacerse a través del profesional del derecho que tiene su representación. Debe interpretarse el artículo en el sentido de que aquéllas partes que o no han comparecido a la audiencia preliminar o no se les ha tenido por comparecidas en ella deben ser citadas expresamente para la audiencia probatoria, al contrario que las que si hayan sido tenidas por comparecidas, en cuyo caso no hace falta esa citación expresa, por cuanto que han tomado conocimiento de la audiencia probatoria en el propio acto de la audiencia preliminar.

Finalmente el apartado 4 del artículo 465 previene a las partes de la obligación, antes de finalizar la audiencia preliminar, de poner de manifiesto cualquier causa que pudiera motivar la suspensión de la audiencia probatoria en la fecha establecida, fijándose nuevo señalamiento si se trata de una causa legal y se reputa justificada. Se trata en definitiva de evitar señalamientos infructuosos, con las consiguientes perturbaciones en el funcionamiento de la justicia, y las consecuentes dilaciones indebidas. Esta obligación de las partes es una consecuencia de la exigencia de buena fe procesal que exige el artículo 6 CPC. La falta de cumplimiento de la misma puede dar lugar a que posteriormente se rechace la petición de suspensión conforme a lo prevenido en el artículo 177 CPC.

B) Innecesaria de la audiencia probatoria.- Como ya hemos señalado cuando no sea necesaria la práctica de prueba, bien porque no la requieran los hechos, bien porque no sea necesario un nuevo acto para practicar la que se precisa, la decisión sobre la audiencia probatoria será su innecesaria. Examinaremos a continuación los distintos supuestos.

a) Conformidad en los hechos.- Puede ocurrir que hubiese absoluta conformidad sobre los hechos que se han fijado como controvertidos, reduciéndose las discrepancias de las partes al derecho que resulta aplicable a esos hechos. Es el caso que regula el artículo 464.1 CPC, en cuyo caso, el juez dará un trámite de audiencia sobre la cuestión controvertida y se abrirá el plazo para dictar sentencia. Parece un poco excesivo que expuestas sus respectivas posturas en los escritos de alegaciones iniciales y concretadas, aclaradas y precisadas las mismas a lo largo del trámite de fijación de los términos del debate, nuevamente tenga que oír las sobre la cuestión controvertida puesto que difícilmente tendrán nada nuevo que decir. No obstante la ley no quiere privar del derecho a la última palabra a las partes antes de que el juez pase a dictar sentencia. No se entiende que si para los alegatos finales, tras la práctica de la prueba, se establecen claras limitaciones en cuanto a la duración y al contenido, no se hagan para este trámite de informe cuando no hay disconformidad sobre los hechos y ya ha habido un debate más que suficiente sobre la controversia. Quizás por analogía se podrían aplicar las limitaciones establecidos para los mismos para esta audiencia en el caso que haya conformidad en los hechos.

b) Prueba reducida a la documental ya aportada.- Si existiendo discrepancia en torno a los hechos ninguna de las partes propone otra prueba que la aportada con los escritos de alegaciones o se proponen solo pruebas que pueden practicarse en el acto tampoco se precisa la audiencia probatoria. Es el supuesto que regulan los apartados 2 y 3 del artículo 464. En el apartado 2 se hace referencia a la prueba documental, pero habrá que incluir en la misma la prueba pericial privada aportada si las partes no consideran necesario el interrogatorio del autor del informe, conforme permite el artículo 320 CPC. Este apartado permite dictar sentencia inmediatamente al concluir la audiencia preliminar o una vez se hayan aportado los documentos admitidos que no obren en poder de la parte. Es de observar una contradicción entre el primer inciso cuando dice que la prueba es sólo la documental “*que se hubiera aportado*”, con respecto al inciso segundo que permite también que se trate de

documentos admitidos “*que no obren en poder de la parte*” y cuya aportación por tanto se producirá en un momento futuro para el que además no se fija plazo alguno. No se establece, al contrario que en el apartado 1, el que las partes puedan ser oídas antes de finalizar.

Una interpretación lógica y sistemática de este apartado en relación con el 1 debe llevar a las siguientes conclusiones:

a) Puesto que el artículo 464.1 ordena oír a las partes incluso cuando existe conformidad en los hechos, tal mandato debe extenderse a restantes supuestos del artículo 464 con más razón puesto que en ellos ni siquiera hay conformidad en los hechos.

b) Si existen documentos que están pendientes de aportar, ello equivale a prueba pendiente de practicarse y que una vez practicada requiere que las partes la puedan valorar y realizar los alegatos finales. Efectivamente los únicos supuestos que encajarían en este caso serían el previsto en el artículo 287.3 c) CPC, es decir cuando la parte no los haya podido aportar a la audiencia preliminar por no haberlos podido obtener por causas que no le sean imputables, designando el archivo, protocolo o lugar, o anunciando su presentación; el artículo 276, informes escritos de persona jurídicas o entidades públicas; y, finalmente, los artículos 281 y siguientes relativos a la exhibición de documentos. Nos encontraríamos por tanto en el supuesto expresamente previsto en el artículo 425.6 CPC de documentos que de los que no dispone la parte en el momento de formular el escrito de alegaciones inicial, por lo que en el mismo se limita a describirlos y a solicitar que se adopten las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. Eventualmente puede tratarse también de documentos cuya necesidad surja en el curso de la audiencia preliminar y que se encuentren en el mismo caso de no estar a disposición de las partes.

Por tanto, a pesar del tenor literal del inciso 2 del artículo 464, cuando existan documentos admitidos pero pendientes de exhibir o aportar, deberá ponerse fin a la audiencia preliminar y señalarse una audiencia probatoria con la única finalidad de que las partes puedan valorar esos nuevos documentos y realizar alegatos finales. Ello implica que tales documentos deberán estar aportados en un plazo máximo de dos meses después de la audiencia preliminar (artículo 465.1 CPC), sin perjuicio de que de no haberse aportado dichos documentos en ese plazo por causa no imputable a la parte que los pidió se pueda pedir en el mismo acto la interrupción de la audiencia y el señalamiento de una nueva fecha, a la que el juez accederá conforme a las razones que se le expongan por las partes y que no podrá durar más de veinte días, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 472 CPC. Entiendo que ello es aplicable incluso cuando se hayan aportado copias y estén pendientes de aportación los originales, por cuanto que constituye una exigencia del principio de audiencia y del de defensa

que las partes puedan hacer alegatos sobre cualquier material probatorio que se aporte antes de dictar sentencia. Aportados o exhibidos los documentos o transcurridos esos plazos deberá tener lugar una comparecencia para que las partes presenten los alegatos finales.

c) Practica de la prueba en la audiencia preliminar.- El apartado 3 del artículo 464 regula el caso de que la prueba consistiese en el interrogatorio de parte o en otra que pueda practicarse en el acto, en cuyo caso también cabe poner fin a la audiencia preliminar sin señalar audiencia probatoria, con apertura del plazo para dictar sentencia. Este sería el caso más justificado para dar audiencia a las partes, puesto que deberían poder valorar el resultado de la prueba, pero este apartado, al igual que el 2 y al contrario que el 1, guarda silencio sobre este punto. No obstante entiendo que es también de aplicación la audiencia prevista en el apartado 1, por las mismas razones que ya se han expuesto para el apartado 2.

Plantea este precepto la duda de si es posible llevar a cabo pruebas en la audiencia preliminar, por poder practicarse en el acto, aunque no sea toda la propuesta y deba señalarse posteriormente una audiencia probatoria para la restante. Tal posibilidad no puede decirse que esté expresamente prohibida por el precepto. A favor de esta posibilidad además están evidentes razones de economía procesal. En contra, la literalidad del artículo 463.2, el que no se respetaría el plazo máximo de veinte días de interrupción previsto en el artículo 472.3 que puede mediar entre la práctica de las pruebas y el hecho de que el juez de la audiencia preliminar quedaría vinculado para dictar sentencia conforme al artículo 16.1 CPC. No me parecen los argumentos en contra infranqueables. La literalidad del artículo 463.2 ya que cabe interpretarlo como el derecho de las partes a diferir la prueba a la audiencia probatoria, pero no prohíbe terminantemente que pueda tener lugar en la audiencia preliminar, lo que aparece por el contrario expresamente permitido en el 472.3. La vinculación del juez en este caso no está excluida por el artículo 16.1 que hace referencia al juez que haya presenciado y dirigido la práctica de las pruebas, refiriéndose a la audiencia probatoria o equivalente. Es obvio que una audiencia preliminar donde haya habido prueba es equivalente a la audiencia probatoria. Por otra parte el plazo máximo de veinte días se corresponde a una segunda citación y tiene como finalidad evitar dilaciones prolongadas, pero no impide que entre la prueba de la audiencia preliminar y la de la audiencia probatoria medien más de veinte días, hasta un máximo de dos meses.

VI. LA AUDIENCIA PROBATORIA

A.- Objetivo y contenido.- En la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2002 se denomina a esta fase la “Del juicio”, lo que a todas luces no es correcto. No es el juicio en sentido procesal, puesto que solo constituye una parte del juicio integrado también por las alegaciones escritas y la audiencia preliminar, que no tienen menos importancia que la audiencia probatoria. Mucho menos lo es en el sentido de que sea el momento en el que el tribunal ha de emitir su opinión o del que surjan los elementos para hacerlo. La sentencia que contiene el juicio o dictamen del juez se emite una vez terminada la audiencia probatoria y el mismo no tiene por qué tener su fundamento exclusivo o más relevante en lo ocurrido en la audiencia probatoria. Por todo ello me parece mucho más acertada la denominación del Código de audiencia probatoria al ajustarse mejor a su contenido que no es otro que el de llevar a cabo la práctica de la prueba con la que las partes pretenden acreditar frente al juez los hechos con respecto a los cuales existe controversia. Éste será el objeto principal de la audiencia probatoria, y aunque en la mayor parte de los juicios se precisa la misma e indudablemente, por decirlo de alguna forma, es la parte más espectacular y llamativa de la fase oral, ya hemos visto que no siempre es necesaria y que incluso cabe que la prueba se lleve a cabo en la audiencia preliminar, no siendo tampoco excepcional o raro el juicio que termine sin audiencia probatoria.

Su finalidad por tanto es eminentemente práctica, conseguir que toda la prueba que sea precisa y que no se haya ya aportado o practicado al finalizar la audiencia preliminar se practique en unidad de acto, en una sola audiencia de manera que se respeten plenamente en esta materia los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad que facilitaran la eficacia, agilidad y seguridad del proceso y que contribuirán a garantizar que el juez haya obtenido de primera mano toda la información que precisa para valorar adecuadamente la prueba y fijar los hechos sobre los que ha de resolver. El Código por tanto introduce un cambio radical en esta materia frente a las normas de procedimiento anteriores que se limitaban a establecer un periodo de tiempo, que normalmente se dilataba en el tiempo más allá de cualquier medida razonable, en el cual debían llevarse a cabo las pruebas, normalmente por escrito, en muchas ocasiones sin la presencia del juez, bien por llevarse a cabo por exhorto, bien porque el sistema favorecía su ausencia al presentarse los interrogatorios de las partes, testigos y peritos por escrito. Bien es cierto que, como ya hemos indicado antes, la rapidez con que se señale la audiencia probatoria, y el respeto de los plazos señalados por el Código, dependerá sobre todo de que exista el número suficiente de órganos judiciales que cuenten con los medios precisos. Pero incluso aún cuando no sea así el nuevo sistema permitirá reducir los atrasos, puesto que una

vez señalada la vista necesariamente deberá concluirse en un plazo breve, por lo que la única causa de dilación estará en el señalamiento de la misma.

Adicionalmente la audiencia probatoria tiene también por objeto que las partes puedan valorar la prueba practicada e informar al juez sobre los hechos que pueden considerarse definitivamente acreditados a la vista del resultado de la misma, en incluso ajustar, que no modificar, sus peticiones a ese resultado. Son los denominados alegatos finales que estudiaremos en el epígrafe siguiente.

Inicio.- Establece el apartado 1 del artículo 466 CPC que *“En la fecha, día y hora señalados dará comienzo la audiencia probatoria, que tendrá por objeto la práctica oral y pública de los medios de prueba que se hubieren admitido”*. De acuerdo con el apartado 2 *“La audiencia comenzará con la lectura del acta de la audiencia preliminar en que se fijó el objeto del proceso, los hechos controvertidos y la prueba admitida, con lo cual el juez declarará abierto el debate”*. Parece olvidar el legislador que de acuerdo con el artículo 176 la documentación de la audiencia preliminar no se hará por escrito salvo que no pueda grabarse por causa de fuerza mayor.

Por su parte el artículo 152.2 solo obliga al secretario, en caso de grabación, a hacer constar en el acta los datos relativos al tiempo y lugar, las personas que intervengan, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran ser grabadas. Difícilmente pues se podrá cumplir este requisito en la mayoría de los casos. Por otro lado parece innecesaria la lectura en la audiencia probatoria de las cuestiones relativas al saneamiento del proceso y de todo aquello que no sea la lectura de los hechos que se han fijado como controvertidos y precisados las pruebas admitidas para su práctica en la audiencia probatoria en relación con esos hechos.

Para poder cumplir con lo prescrito en el artículo 466.2 solo se me ocurre como solución que el secretario transcriba la correspondiente grabación para proceder a su lectura a efectos de constancia en la grabación de la audiencia probatoria en lo relativo a hechos controvertidos y a prueba admitida para su práctica en el acto que da comienzo.

Comparecencia de las partes.- Una novedad importante de la ley es la obligatoriedad de que, al menos, comparezca una de las partes para que pueda tener lugar la audiencia probatoria. La cuestión se encuentra regulada de forma un tanto confusa en el artículo 469 CPC. Dice este artículo en su apartado 1 que *“Las partes deberán comparecer a la audiencia probatoria personalmente cuando se hubiera acordado su declaración como medio de prueba. Estarán asistidas por sus profesionales del derecho. En caso contrario se les tendrá por no comparecidas. Si se hubiere propuesto la declaración del ausente se podrán tener por ciertos los hechos a que se refiriera el interrogatorio en lo que le sea perjudicial”*.

Este primer apartado regula solo la obligación de comparecer asistido de profesional del derecho cuando se haya pedido el interrogatorio de esa parte, con la sanción de poder tener por ciertos los hechos perjudiciales objeto de la prueba en caso contrario. Es una norma claramente innecesaria en lo relativo a la necesidad de asistencia personal de la parte cuyo interrogatorio se propone y de las consecuencias de no hacerlo porque no añade nada nuevo al artículo 256 CPC que regula con carácter general y de forma más completa el caso de la incomparecencia de la parte a su interrogatorio en el juicio y la admisión ficta.

Exigir para el interrogatorio de parte la asistencia del profesional del derecho no parece tener mucho sentido. Podría pensarse que la intención del legislador es evitar que la parte pueda ser interrogada sin posibilidad de que su abogado formule objeciones y pueda contrainterrogar. Pero realmente pierde su validez esta explicación si la sanción para la parte que asiste personalmente es la admisión ficta, consecuencia mucho peor que la de responder sin asistencia de profesional del derecho. La ausencia del profesional del derecho es razonable que de lugar a que se tenga por no comparecida a la parte en la audiencia probatoria a pesar de haber asistido personalmente; no lo es sin embargo que ello impida su interrogatorio.

Da la impresión de que el precepto confunde y mezcla las consecuencias de que la parte no asista debidamente representada y asistida, con el hecho de que no asista personalmente a su interrogatorio; esta impresión se ve reforzada por su ubicación sistemática, después de los artículos dedicados a la practica de la prueba y a la prueba separada. La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, precedente de este artículo, es bastante más clara cuando en su apartado 1 dice que *“Sin perjuicio de la intervención personal en el interrogatorio que se hubiera admitido, las partes comparecerán en el juicio representadas por procurador y asistidas por abogado”*, dado que se limita a regular el requisito de la presencia de procurador y abogado, situándose inmediatamente después del precepto que regula el objeto del juicio, el equivalente como ya hemos dicho de la audiencia probatoria del Código. La falta de asistencia personal solo dará lugar a la admisión ficta en caso de que se hubiera admitido el interrogatorio de la parte ausente, pero no a tenerla por no comparecida si asisten los profesionales que la representan y asisten; por el contrario la ausencia de estos profesionales no tendría por qué impedir el interrogatorio de la parte que ha asistido personalmente, aunque se la tenga por no comparecida en la audiencia probatoria. Creo que el artículo 469.1 admite esta misma interpretación, a pesar de su confusa redacción y de su ubicación sistemática. No parece razonable interpretar que el artículo 469.1 elimine los requisitos a los que el artículo 256, que regula la cuestión de forma más detallada, supedita la posibilidad de la admisión ficta

Esta interpretación es además la más coherente con los apartados 2 y 3 del artículo 469, conforme a los cuales si no comparece ninguna parte el juez pondrá fin al proceso. Si por el contrario asiste una sola de ellas se procederá a la celebración de la audiencia. Es decir, la ausencia de profesional del derecho parece relevante no tanto para el interrogatorio, como para la celebración de la propia audiencia.

Finalmente no parece razonable que si comparece el demandado sea obligatoria la celebración de la audiencia. Hubiera sido más coherente con la lógica del proceso que en este caso se dejase en manos de éste la posibilidad de que el proceso continúe o se termine, de forma análoga a lo que se establece en el artículo 446 para la audiencia preliminar.

Práctica de la prueba.- Regula esta cuestión el artículo 467 CPC estableciendo en sus tres primeros apartados la publicidad, concentración e intermediación judicial de la práctica de la prueba. No se explica muy bien la necesidad de estos apartados en tanto en cuanto el Código ya regula en el artículo 242 la publicidad e intermediación judicial en la práctica de las pruebas. Llama la atención además que el contenido de ambos preceptos no sea coincidente. La concentración, establecida con carácter general en el artículo 17 CPC, se regula también con mayor precisión en el artículo 243.1 que ordena que todas las pruebas se practiquen bajo el respeto absoluto del principio de unidad de acto.

En el apartado 4 del artículo 467 se establece que *“Cada parte podrá solicitar la celebración de las pruebas que hubiere propuesto del modo que mejor entienda convenir a sus intereses, a lo que accederá el juez cuando ello no perjudique el desarrollo de la audiencia o menoscabe la intervención de la parte contraria”*. Este artículo debe completarse con lo dispuesto en el artículo 252 CPC que regula el orden de práctica de los medios de prueba. De acuerdo con este último artículo el orden que ha de seguirse es el siguiente:

- a). Interrogatorio de las partes.
- b). Interrogatorio de los testigos.
- c). Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de estos si procede.
- d). Reconocimiento judicial, cuando pueda realizarse en la audiencia.
- e). Lectura de documentos.
- f). Reproducción de imágenes y sonidos registrados o captados mediante instrumentos de filmación, grabación y semejantes.

Este orden solo puede ser cambiado por el tribunal, de oficio o a instancia de parte, según determina el artículo 252.2. La coordinación de este último artículo con el artículo 467.4 es cuando menos problemática. Caben dos opciones. Conforme a la primera el artículo 467.4 solo se aplicaría a cada clase de prueba. Es decir, por ejemplo, cada parte decidiría el orden en que se interroga a sus testigos. La segunda opción, es que cuando medie instancia de parte, el juez está obligado a utilizar la facultad de cambiar el orden que le confiere el artículo 252.2 salvo que concurra alguna de las excepciones que prevé el artículo 467.4, en cuyo caso se seguirá el orden del artículo 252, interpretación que parece más acorde con el principio dispositivo.

Ni el artículo 252.2 ni el 467.4 resuelven de forma expresa la cuestión de si todas las pruebas, con independencia de que parte las ha propuesto, se practican por orden de categorías, o si por el contrario han de practicarse separadamente las de cada parte ordenándolas por categorías. La práctica procesal española es que se practican por categorías y dentro de cada categoría, primero las del actor y luego las del demandado. Es decir, se empieza por el interrogatorio del demandado solicitado por la parte actora, seguidamente se practica el del actor solicitado por la parte demandada, luego la testifical, primero los testigos de la parte actora por el orden propuesto y luego los del demandado y así sucesivamente. Este orden puede tener apoyo en alguno de los preceptos del Código. Así en el interrogatorio de partes el cuarto apartado del artículo 257.1 al señalar que “la parte interrogada si también hubiere pedido la practica de esta prueba respecto de la contraria, interrogará al final, siguiéndose en lo procedente lo establecido en este numeral, hasta que se haya completado la prueba”, parece dar a entender que los interrogatorios de partes propuestos deben practicarse forma conjunta. Por otra parte indica esto mismo el artículo 302 cuando establece para el caso de que un mismo testigo sea propuesto por ambas partes que “se comenzará por las preguntas que formule el demandante”, precepto que parece indicar que el interrogatorio debe practicarse de forma continuada por ambas partes y que por cierto es de los pocos que hace alusión a que la practica de la prueba deba iniciarse por el demandante, lo que por otra parte es lógico.

Aunque indudablemente presenta ciertas ventajas practicas para las pruebas propuestas por más de una parte, especialmente para el que ha de sufrirla, no encuentro razones de peso para rechazar la posibilidad de que la prueba de cada parte se practique en su totalidad antes de pasar a la de otra parte, siendo por el contrario mas lógico y acorde con el contenido del 467.4, que primero se practiquen todas las pruebas propuestas por el actor por el orden del artículo 252.2 y luego todas las del demandado por ese mismo orden, de manera que cada parte

pueda practicar de forma conjunta y coherente todas las pruebas relativas a los hechos en los que sustenta su pretensión o excepción.

En definitiva del conjunto de preceptos citados estimo que la práctica de la prueba se ha de llevar a cabo con gran flexibilidad, pudiendo el juez, de oficio o a instancia de parte, decidir en cada proceso lo más conveniente para el mejor desarrollo de la audiencia.

En caso de pluralidad de partes la práctica de las pruebas se hará tomando en primer lugar en consideración la posición de actora o demandada. Dentro de cada posición no existe ningún criterio en la ley. En la práctica suele utilizarse el criterio de la fecha de personación de cada uno de los actores y demandados en los autos.

B.- Prueba separada.- Ya vimos como en la audiencia preliminar el artículo 465 obligaba a especificar las pruebas que debían practicarse mediante auxilio judicial. En el artículo 468 CPC se regula ahora la práctica de la prueba separada. Mientras que aquélla constituía una excepción al principio de inmediación, ésta supone una excepción al principio de concentración. Efectivamente de acuerdo con el apartado 1 del citado precepto, por prueba separada puede entenderse aquélla que si bien ha de practicarla el juez que conoce del litigio, la misma no puede tener lugar en el acto de la audiencia, por lo que ha de señalarse fecha, día y hora separada para su practica. Eventualmente, cuando se trate por ejemplo de un reconocimiento judicial de un determinado lugar o del examen de un testigo en su domicilio, podrá tener lugar fuera de la sede del tribunal, en cuyo caso también se indicará el lugar.

En todo caso estas pruebas deben practicarse con intervención de las partes, intervención que es facultativa. Es decir, al contrario de lo que ocurre con la audiencia probatoria propiamente dicha, su ausencia no determina que no se practique la prueba.

Finalmente el apartado 2 determina el que preferentemente, siempre que sea posible se practiquen antes de la audiencia. Esta exigencia se corresponde con la necesidad de que cuando las partes formulen sus alegatos finales tengan ya conocimiento del resultado de toda la prueba practicada. Aunque nada dice expresamente el código en el artículo 472, dedicado a la interrupción de la audiencia, entiendo que, cuando no es posible la practica de la prueba separada antes de la misma, es aplicable por analogía lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 472, conforme la audiencia probatoria quedará interrumpida por un plazo máximo de veinte días, transcurrido el cual, se haya celebrado o no la prueba, se celebrará una comparecencia de las partes para que presenten los alegatos finales. Si la prueba tiene lugar en la propia sede del tribunal es obvio que los alegatos finales tendrán lugar una vez que haya finalizado la prueba. En caso contrario, habrá que fijar fecha para que tenga lugar en dicha sede. Entiendo que dada la

naturaleza de los alegatos finales no cabe que tengan lugar los mismos mientras que quede pendiente prueba por practicar.

No regula el artículo 468 el momento para solicitar la prueba separada. Obviamente, dada la preferencia que establece para que tenga lugar antes de la audiencia probatoria, deberá acordarse en la audiencia preliminar y en este sentido esta cuestión debiera haberse regulado en el artículo 465, junto a los casos de la prueba precisada de auxilio judicial. Ello no impide desde luego que si la imposibilidad de la práctica de la prueba junto con las demás es sobrevenida se pueda comunicar esta circunstancia al tribunal en cualquier momento para que acuerde lo procedente, eso sí con la mayor celeridad para que pueda tener lugar antes de la fecha fijada para la audiencia probatoria, de manera que podrá rechazarse esta petición por abuso procesal cuando, a pesar de saberse con antelación suficiente, no se expone en la propia audiencia probatoria o en un momento procesal que imposibilita su practica antes de la misma.

Nuevamente nos encontramos con una innecesaria duplicidad de regulaciones, por cuanto que los apartados 2 y 3 del artículo 243 regulan también con carácter general la prueba separada y de nuevo también con significativas diferencias que son aplicables también al juicio ordinario, en cuanto que precisa la exigencia de que se señale la prueba separada con al menos tres días de antelación. En lo demás, el precepto es sustancialmente idéntico al artículo 468. Por su parte el artículo 244 exige cuando la prueba tenga lugar fuera de la sede que se cite a las partes con al menos cuarenta y ocho horas de antelación para que puedan intervenir en la misma, debiendo completarse pues también con este precepto el contenido del artículo 468.

C.- Objeciones.- Aunque el Juez tiene la obligación de velar para que la conducta de las partes a la veracidad, probidad, lealtad y buena fe procesales en todo momento y, particularmente, en lo relativo al interrogatorio de partes y testigos, controlar que las preguntas de formulen de forma correcta, concreta, clara y precisa, sin incluir valoraciones ni calificaciones y referidas a los hechos controvertidos, rechazando las capciosas, oscuras, sugestivas ambiguas, impertinentes o inútiles (artículos 254, 259 y 300 CPC), el Código también permite a las partes que formulen peticiones de que intervenga en este sentido, lo que se prevé con carácter general para la practica de la prueba los artículos 471, en relación con la conducta de las partes, y el artículo 470, en orden a los interrogatorios, materia en la que también hay que citar, para el interrogatorio de partes, el artículo 255 y para el de los testigos el artículo 301, facultad que el Código denomina objeciones.

Podríamos definir por tanto las objeciones como el derecho de las partes a solicitar del juez que haga uso de sus facultades procesales en orden a evitar o impedir la

comisión de infracciones procesales en el desarrollo de la prueba, constituyendo una manifestación más del principio de contradicción que preside el proceso y que recoge el artículo 4 CPC.

En cuanto a la conducta de las partes, el artículo 471 establece que *“cualquiera de las partes podrá formular reparos a la conducta contraria si se comporta de manera irrespetuosa, o quebrante los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesal”*. Es una consecuencia clara de los deberes que establece en este sentido el artículo 6.1 CPC. En definitiva las partes no solo deben ajustarse a estos deberes en su actuación en la audiencia probatoria, sino que tienen la facultad de exigir este comportamiento de la parte contraria. El juez, de estimar la objeción, además de poner fin a la conducta es imponer la sanción pertinente en los casos en que así lo permita la ley.

El artículo 470, que hay que poner en conexión con los artículos 255 y 301, regula las objeciones en el curso del interrogatorio y en relación con las preguntas y respuestas que se efectúan en los mismos. Estos preceptos sin embargo regulan la materia de forma poco sistemática e incluso contradictoria. Los artículos 255 y 301 se refieren únicamente a las objeciones a las preguntas, mientras que el artículo 470 permite objeciones también a las respuestas. Los dos primeros preceptos se refieren a partes y testigos, mientras que el artículo 470 omite a las partes y sin embargo incluye a los peritos. En cuanto a las preguntas establece el artículo 470.1 que *“Las partes podrán plantear objeciones a las preguntas planteadas a los testigos o a los peritos, conforme a lo dispuesto en este Código”*. Evidentemente también se podrán plantear objeciones a las preguntas de las partes, porque expresamente lo permite el artículo 255. En cuanto a las objeciones a los peritos se plantea el problema en que nada se dice al respecto en el artículo 333 que regula la participación del perito en la audiencia. Entiendo que habrá de aplicárseles por analogía lo dispuesto para los testigos en el artículo 301 para no dejar sin aplicación en este punto el artículo 470.1. La reacción del Juez si admite la objeción ha de ser el denegar la pregunta, que se tendrá por no realizada tal y como expresamente prevén los artículos 255 y 301.

El artículo 470.2 por su parte establece que las partes *“asimismo podrán objetar las respuestas de los testigos o peritos que no se circunscriban a lo que se ha preguntado, o que se realicen con evasivas”*. No se entiende la exclusión de las respuestas del interrogatorio de parte, que entiendo que deberán entenderse incluidas por analogía en el precepto. La actuación del Juez, caso de estimar la objeción, consistirá en este caso en obligar al interrogado a responder adecuadamente y en su caso imponer las consecuencias previstas en la ley, bien

proceder por desobediencia al juez, bien el tener por admitido un hecho perjudicial en el caso de la parte que no responde o responde con evasivas o de forma ambigua.

D. Interrupción.- Las causas de interrupción de las audiencias está regulada con carácter general en el artículo 180 CPC. Su contenido literal es el siguiente

“1. Una vez iniciada la celebración de una audiencia, sólo podrá interrumpirse:

a). Cuando el tribunal deba resolver alguna cuestión incidental que no pueda decidir en el acto.

b). Cuando se deba practicar alguna diligencia de prueba fuera de la sede del tribunal y no pudiera verificarse en el tiempo intermedio entre una y otra sesión.

c). Cuando no comparezcan los testigos o los peritos citados judicialmente y el órgano jurisdiccional considere imprescindible la declaración o el informe de los mismos.

d). Cuando, después de iniciada la audiencia, se produzca alguna de las circunstancias que habrían determinado la suspensión de su celebración.⁵⁴

2. La audiencia se reanudará una vez desaparecida la causa que motivó su interrupción siempre y cuando se realice dentro los veinte (20) días hábiles a su interrupción haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible.”

⁵⁴ ARTÍCULO 177. SUSPENSIÓN DE LAS AUDIENCIAS.

1. La celebración de las audiencias en el día señalado sólo podrá suspenderse:

a). Por impedir la continuación de otra pendiente del día anterior.

b). Por faltar el número de magistrados necesarios para dictar resolución o por indisposición sobrevenida del juez o del secretario, si no pudiese ser éste sustituido.

c). Por solicitarlo de acuerdo las partes, alegando justa causa a juicio del tribunal.

d). Por imposibilidad absoluta de cualquiera de las partes citadas para ser interrogadas en la audiencia probatoria del juicio ordinario o en la audiencia del juicio abreviado, siempre que tal imposibilidad, justificada suficientemente a juicio del tribunal, se hubiese producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento.

e). Por muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta del profesional del derecho de la parte que pidiera la suspensión, justificadas suficientemente, a juicio del órgano jurisdiccional, siempre que tales hechos se hubiesen producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento.

f). Por tener el profesional del derecho dos (2) señalamientos de audiencia para el mismo día, resultando imposible, por el horario fijado, su asistencia a ambas, siempre que acredite suficientemente que intentó, sin resultado, un nuevo señalamiento que evitara la coincidencia. En este caso, tendrá preferencia el juicio oral de una causa criminal en la que exista prisión preventiva y, en defecto de esta actuación, la del señalamiento más antiguo; si los dos (2) señalamientos fuesen de la misma fecha, se suspenderá la audiencia correspondiente al procedimiento más moderno.

g). Por caso fortuito o fuerza mayor.

2. Toda suspensión que el tribunal acuerde se comunicará inmediatamente a las partes personadas y a quienes hubiesen sido citados judicialmente en calidad de testigos, peritos o en otra condición.

En cuanto al apartado 1 b), ya hemos visto que normalmente habrá que prever en la audiencia preliminar las diligencias que han de practicarse fuera de la sede. No obstante cabe pensar en alguna situación imprevista que obligue a practicar alguna diligencia fuera de la sede.

El artículo 472 CPC regula de forma específica para la audiencia probatoria el supuesto 1 c) con alguna precisión más. Dice literalmente este precepto:

“1. Si no comparece un testigo o un perito el tribunal decidirá, previa solicitud de la parte que lo hubiere propuesto y conforme a las razones que se expongan en el acto, sobre la interrupción o continuación de la audiencia.

2. Si se accede a la interrupción se hará efectiva una vez se haya practicado toda la prueba y se volverá a citar al testigo o perito ausente con advertencia de proceder contra él por delito de desobediencia a la autoridad si deja de comparecer.

3. La interrupción no podrá durar más de veinte (20) días. Transcurrido el plazo, si no se hubiera podido practicar la prueba, se celebrará una comparecencia de las partes para que presenten los alegatos finales.”

Evidentemente la existencia de este precepto no impide la aplicación de las demás causas de interrupción que se regulan con carácter general. El mismo añade al artículo 180.1 c) CPC que la interrupción solo tendrá lugar una vez que se haya practicado toda la restante prueba y que la falta de practica de prueba en el plazo concedido no permitirá una nueva interrupción, sea cual fuere la causa, debiendo citarse una comparecencia a los solos efectos de que tengan lugar los alegatos finales. Obviamente, si la prueba se practica, los alegatos finales tendrán lugar a continuación de la misma.

Por lo demás, el número 2 del artículo 472 deberá ponerse en relación con el artículo 231 CPC. Conforme a este último precepto, si no hay excusa convincente para la incomparecencia a la primera citación deberá imponerse una multa de uno a tres salarios mínimos. El apercibimiento de delito de desobediencia solo procede con respecto al multado según el apartado 2 de este artículo. Es decir en principio no parece que si el testigo o perito da una excusa convincente pueda ser apercibido de delito de desobediencia. En este supuesto, en el caso de no comparecer la segunda vez sin excusa creo que todo lo más puede ponerse la multa prevista en el artículo 231.1 CPC.

Queda la duda de si el artículo 472.2 debe ser completado con el artículo 231, o si por el contrario constituye una excepción al mismo, de forma que, en todo caso, la segunda

citación debe ser con apercibimiento, haya o no excusa convincente para la primera incomparecencia. Desde luego la primera incomparecencia puede ser sancionada conforme a lo prevenido en el artículo 231.1. En cuanto a la segunda, a favor de un apercibimiento haya o no sido justificada la primera incomparecencia podría argumentarse el hecho de que conforme a este precepto no es posible una nueva interrupción y tercera citación, por lo que el apercibimiento estaría justificado por la gravedad de esta segunda incomparecencia que imposibilitaría definitivamente la práctica de la prueba en la primera instancia. En contra de este argumento podría decirse que la prueba, de ser imprescindible, podría practicarse en la segunda instancia con arreglo a lo prevenido en el artículo 712 CPC, por lo que no está justificado un apercibimiento de esa naturaleza por una primera incomparecencia injustificada.

VII. ALEGATOS FINALES

A.- Alegatos finales.- Establece el artículo 473.1 CPC que *“Concluida la práctica de la prueba y antes de poner fin a la audiencia probatoria, se concederá un turno de palabra a las partes, por su orden, para efectuar sus alegatos finales”*.

Momento.- El turno de palabra para realizar los alegatos tendrá lugar una vez concluida la práctica de toda la prueba. Si esta se celebra en varias sesiones, continuadas o interrumpidas, será al final de la última de las sesiones. Ya hemos visto que en el caso prueba separada fuera de la sede judicial o de interrupción por incomparecencia de testigos o peritos, es posible que se señale expresamente una comparecencia con el solo objeto de que tengan lugar esos alegatos finales.

Objeto.- La finalidad de estos alegatos viene establecida en el artículo 474, y no es otra que la de *“fijar, concretar y adecuar definitivamente tanto los hechos alegados como la petición, con base al resultado de la práctica de las pruebas”*. Se trata de conceder a las partes la posibilidad de ofrecer al Juez su propia valoración del resultado de la actividad probatoria y de permitir que modifiquen los hechos en los que sustentan sus pretensiones y excepciones y el contenido de las mismas a la vista de ese resultado. El límite objetivo de tales modificaciones viene establecido en ese mismo artículo 474 que señala que *“No se admitirán en ningún caso alegatos que supongan cambio de la pretensión tal y como quedó fijada en la audiencia preliminar, pero si las precisiones, modificaciones o rectificaciones no esenciales que se razonen como derivadas lógicamente del resultado de la audiencia probatoria”*. Esta

limitación es coherente con el principio de invariabilidad de lo que es objeto del proceso una vez fijado el mismo en los escritos de alegaciones iniciales que establece el artículo 429 CPC y que ya hemos estudiado.

Contenido.- En concordancia con su objeto el artículo 475 establece el contenido de los alegatos. De acuerdo con el mismo las partes deberán exponer clara y ordenada los hechos que consideran probados con indicación de las pruebas que los acreditan. También podrán argumentar sobre la falta o la insuficiencia de prueba de los hechos aducidos por la parte contraria, y los que, a su criterio, resultan inciertos, particularmente estarán obligados, salvo en los casos excepcionales en que la ley permita reclamaciones de cantidad indeterminadas, a fijar con precisión, si no lo hubieran hecho ya antes o si el resultado de la prueba modificara este extremo, las cantidades líquidas que sean finalmente objeto de reclamación.

A la vista de todo ello podrán hacer también las precisiones necesarias sobre los fundamentos de derecho que resulten de aplicación de conformidad con el resultado probatorio de la audiencia.

En definitiva, de este precepto resulta con claridad que no cabe admitir que se utilicen los alegatos finales para reiterar el contenido de los escritos de alegaciones iniciales, ni lo que ya se haya expuesto con anterioridad, sino las novedades que resulten a raíz del resultado de la práctica de la prueba, debiendo repeler el Juez cualesquiera reiteraciones inútiles en que incidan las partes.

Forma.- Los alegatos deben llevarse a cabo oralmente, como no podía ser de otra forma al producirse en un acto oral, por lo que no cabe sustituir este informe por escritos que aporten las partes. La razón de ello es permitir la posibilidad que recoge el artículo 476.1 CPC de que el tribunal entable un diálogo con las partes durante los alegatos o a la finalización de los mismos, de forma que pueda solicitar las aclaraciones que estime pertinentes para poder tener una idea clara de la postura de las partes. La forma escrita impediría o haría extraordinariamente farragosa esta posibilidad de que el Juez pida a las partes las precisiones que considera precisas para estar correctamente informado y poder dictar una resolución congruente.

Duración.- La Ley señala en el artículo 473.2 que el tiempo de los alegatos no podrá exceder de treinta minutos, sin perjuicio de poder aumentarlo en otros treinta minutos cuando la complejidad del caso lo requiera. Aunque no lo dice el precepto, tal aumento deberá otorgarlo el Juez, sin que su decisión sea recurrible conforme al artículo 473.3, dado que las decisiones judiciales sobre el tiempo de los alegatos no serán recurribles, sin perjuicio de hacer constar la oportuna protesta.

Naturalmente el tribunal deberá procurar que los alegatos se ajusten a lo estrictamente necesario por lo que podrá retirar la palabra a las partes antes incluso del transcurso de los treinta minutos cuando las mismas comiencen a repetirse o informen sobre cuestiones que exceden de la finalidad y contenido propio de los alegatos. El tiempo no es algo de lo que anden normalmente sobrados los tribunales, por lo que no debe dedicarse a la audiencia probatoria más que el estrictamente necesario para la finalidad que se persigue con la misma, tanto en orden a determinar los hechos controvertidos a través de la práctica de la prueba, como en relación con los alegatos finales. Resulta por tanto loable que la ley haya fijado un término temporal más que sobrado para que se cumplan la finalidad restringida y limitada que se otorga por la ley a estas alegaciones orales, lo que indudablemente facilitará a los jueces el cálculo de los señalamientos que pueden efectuar en una jornada.

B.- Finalización de la audiencia y nueva prueba.- Una vez terminados los alegatos finales, y pedidas en su caso las aclaraciones que el juez considere oportunas, conforme al artículo 476.2 el Juez debe levantar la sesión y dar por terminada la audiencia probatoria, comenzando a correr el plazo para dictar sentencia. Es decir, los alegatos finales, una vez practicados ponen término a la fase oral del juicio y abren la fase de resolución.

Ya hemos visto que es posible excepcionalmente la práctica de prueba separada después de la audiencia probatoria. Reiteramos aquí la opinión de que esta circunstancia debe motivar la suspensión de los alegatos finales hasta la práctica de toda la prueba. Una vez practicada deberá procederse a los alegatos, bien en el mismo acto, si la prueba separada tiene lugar en la sede del órgano judicial, bien si por la naturaleza de la prueba esta se practica en un lugar distinta en el curso de una comparecencia señalada al efecto.

En resumen, entiendo que sin excepciones, el plazo para poner sentencia no debe correr sino cuando se ha practicado toda la prueba y han tenido lugar los alegatos finales, debiendo respetarse en todo caso los plazos perentorios que establece el Código.

El artículo 287.5 CPC permite sin embargo excepcionalmente admitir un documento hasta el momento del plazo para dictar sentencia, cuando la parte justifique que llegó a su conocimiento después de la audiencia en que se practicó la prueba y fuera relevante para la decisión de fondo. El tribunal oír a la otra parte dentro del plazo de tres días. El alegato final se complementa con respecto a tal documento mediante las alegaciones escritas que hagan ambas partes. Dado que el plazo para dictar sentencia comienza al terminar la audiencia probatoria, este caso solo podrá darse cuando por cualquiera de las circunstancias que hemos visto transcurra un

plazo de tiempo entre la finalización de la práctica de la prueba y la realización de los alegatos finales.

No cabe que las partes presenten documentos de ninguna clase una vez que se ha iniciado el plazo para dictar sentencia (artículo 287.6 CPC). No obstante, ello tiene una excepción cual es la posibilidad de que, iniciado el plazo para dictar sentencia, se aporten determinados documentos que el Código autoriza que sean traídos en este momento cuando no ha sido posible hacerlo antes. En este caso sólo se encuentran los documentos comprendidos en el número 7 del artículo 287 CPC conforme al cual quedan exceptuados de la prohibición de presentar documentos una vez iniciado el plazo para dictar sentencia *“las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha posterior al momento de formular los alegatos finales, siempre que pudieran resultar relevantes para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose copia a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco (5) días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia. El juzgado o tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia”*. Nuevamente deberán completarse los alegatos finales con una audiencia por escrito en este caso excepcional.

Los requisitos por tanto son los siguientes:

1.- **Que se trate de resoluciones judiciales o de autoridad administrativa.** La importancia de que las decisiones de los tribunales en particular y las del Estado en general no se contradigan impulsa al legislador a incluir esta excepcional medida. Es un principio elemental de tutela judicial efectiva el de que para los órganos del mismo estado una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, por lo que se convierte en una cuestión de orden público que el juez al fallar tenga en su poder toda la información precisa para evitar esa contradicción.

2.- **Que estén notificadas en fecha posterior al momento de la formulación de los alegatos finales.** Es un requisito lógico para evitar la conducta fraudulenta y abusiva de quien conociendo la sentencia en momento hábil para aportarla en los momentos establecidos para la práctica de prueba, se la reserva para aportarla en un momento en que las posibilidades de contradecirla por la otra parte están limitadas.

3.- **Que sean relevantes para resolver.** Lógicamente no basta que la resolución en cuestión esté relacionada con lo que es objeto de litigio o contribuya a reforzar el

resultado de otras pruebas. Se exige algo más y es que su contenido por sí mismo pueda ser determinante para la resolución que se dicte.

También en este caso, los alegatos finales deberán completarse con respecto a tales documentos mediante un trámite por alegaciones por escrito, para lo que otorga el plazo común de cinco días. La decisión del juez sobre la admisibilidad del documento y su relevancia tiene lugar en la misma sentencia por obvias razones de economía procesal. Quiere ello decir que el juez no está obligado a valorarlo en sentencia, sino que también puede descartarlo por no reunir alguno de los requisitos a los que hemos hecho referencia.

FASE DE RESOLUCIÓN

El objeto del proceso no es otro que obtener una resolución del juez que ponga fin a la controversia. El modo normal de terminar el proceso será consecuentemente el dictado de una sentencia que decida el litigio. Esta fase es nuevamente escrita. La Ley, como veremos permite excepcionalmente el pronunciamiento inicial oral de la sentencia pero con la obligación siempre de motivarla por escrito.

Junto a este modo normal de terminación del proceso, existen otros más infrecuentes que evitan la sentencia o que determinan que esta no sea contradictoria, es decir, que se limita a recoger el acuerdo de las partes, cuando estas en virtud del poder de disposición que tienen sobre el proceso deciden ponerle fin antes de que recaiga la sentencia contradictoria.

VIII. TERMINACIÓN DEL PROCESO POR SENTENCIA CONTRADICTORIA

A. Requisitos internos, formales y de plazo.

1.- REQUISITOS INTERNOS.- En cuanto a los requisitos internos el artículo 480.1 CPC se limita a decir que la sentencia que habrá de resolver todas las cuestiones

planteadas en el proceso. Este precepto debe ser completado con las disposiciones generales que se contienen en el Código.

a) Claridad y precisión.-En primer lugar debe citarse el artículo 206.1 CPC, el cual, en correlación con lo que se exige a las partes al plantear el litigio, ordena que las sentencias sean claras, precisas y exhaustivas. Es conveniente matizar en cuanto a la claridad, que ello no puede equivaler a la simplicidad. El juez debe aspirar a que su sentencia sea fácilmente comprendida por las partes a las que va destinada. Pero es evidente que la complejidad de determinadas cuestiones jurídicas, no solo requiere conocimientos técnicos para resolverlas, sino que la comprensión de la resolución requiere a su vez ciertos conocimientos jurídicos, de ahí que las partes deban asesorarse por profesionales del derecho, dado que no es labor del juez asesorar a las partes, ni explicarles nociones jurídicas. Con esta salvedad, lo deseable es que las cuestiones se expongan con la mayor precisión y claridad posible. Consecuencia de esta precisión es el número 3 del artículo 206 ordena, en aras de esa precisión y claridad, que cuando los puntos objeto de litigio hayan sido varios, se haga separadamente el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

b) Congruencia.- La sentencia no solo ha de resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso, sino que además debe resolver sólo las planteadas. Debe ceñirse a lo que ha sido objeto de debate, siendo congruente con lo que las partes han querido someter a su decisión. Así lo establece el artículo 208.1 que expresamente exige que las sentencias han de ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones oportunamente deducidas en el pleito. El apartado 2 de este precepto por su parte prescribe que *“En las sentencias se efectuarán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate”*.

La incongruencia es un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido. La incongruencia puede ser omisiva, cuando se deje sin resolver alguna cuestión litigiosa, como *extra petitum* cuando se resuelva cuestiones no deducidas en el proceso. En cuanto a la incongruencia omisiva debe señalarse que la mera omisión de alguna cuestión plantada por las partes no es constitutiva de incongruencia, si razonablemente puede deducirse del conjunto de la resolución la existencia de una desestimación tácita de la cuestión planteada.

Por otro lado no existe incongruencia cuando el tribunal aprecia o resuelve cuestiones que, aún no planteadas por las partes, debe considerar de oficio por afectar al orden público.

Finalmente la congruencia no exige una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas aplicadas por el órgano judicial. Ya estudiamos esta cuestión cuando vimos el contenido de la demanda. Como ya decíamos, el artículo 206.2 del Código delimita la cuestión al permitir al tribunal resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, respetando eso sí siempre los fundamentos de hecho y de derecho que las partes hayan querido hacer valer.

c) Motivación. - Esta exigencia viene recogida en el artículo 207 CPC, que dice literalmente:

“1. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho.

2. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.”

La obligación de motivar la sentencia es una exigencia ineludible del derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Solo mediante la adecuada motivación puede el ciudadano controlar que la decisión judicial no ha sido arbitraria, sino que se encuentra basada en una aplicación lógica y razonable del derecho. No obstante tal derecho no implica la obligación del juez de dar una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, sino que basta que se desestimen las pretensiones de forma razonada y motivada. Basta con que a través de la motivación puedan conocerse cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados de la decisión, sin que pueda hablarse por tanto de un derecho esencial del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial.

2.- **REQUISITOS FORMALES**. - La sentencia deberá dictarse normalmente por escrito, si bien el artículo 200.3 CPC permite que excepcionalmente se dicten de forma oral al finalizar la audiencia probatoria del proceso ordinario o la audiencia del proceso abreviado, debiendo motivarse por escrito en el plazo de cinco días. Tal posibilidad merece una severa crítica en tanto en cuanto no parece que se corresponda con la reflexión y prudencia que requieren las sentencias el que se dicten precipitadamente en un acto oral, más aún cuando no se comprende que ventaja puede reportar ello para las partes, dado que de todas formas han de esperar a una motivación por escrito, sin la cual entiendo que no pueden correr los plazos para recurrirla, ni por tanto para declarar su firmeza y proceder a su ejecución. Los jueces deben hacer uso de esta facultad con extraordinaria prudencia, para evitarse con la situación de que,

dictado el fallo, a la hora de motivarlo y tras una reflexión encuentren más adecuada una solución distinta a la previamente anunciada

En cuando al dictado por escrito, el Código no solo establece normas sobre el contenido de las sentencias en orden a ajustarse al tema debatido, claridad y motivación, sino que además impone una determinada estructura formal en el artículo 200 CPC. De acuerdo con este precepto la sentencia ha de ajustarse al siguiente contenido formal:

a) Encabezamiento.- En él han de figurar los nombres de las partes, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, cuando no sean los titulares del derecho controvertido, y los nombres de los profesionales del derechos que les asisten, así como el objeto del proceso. Aunque no lo diga expresamente, se da por sobreentendido que deberá quedar identificado tanto el tribunal, con expresión de los nombres de quienes los integran, como el lugar y fecha en que se dicta la resolución.

b) Antecedentes de hecho.- En esta parte de la sentencia, en párrafos numerados y separados, se dedica a un resumen de la controversia que ha de ser resuelta por el juez. Por tanto se expondrán con claridad, pero concisión, las pretensiones de las partes, los hechos en que se basan las mismas y la prueba practicada.

También exige el precepto que se hagan constar los hechos probados, en su caso. Esta última expresión debe hacer referencia al supuesto en que exista entre las partes controversia sobre los hechos, puesto que es perfectamente posible que la controversia sea estrictamente jurídica.

En la práctica española no suele respetarse esta prescripción dada la dificultad de separar la motivación jurídica de la relativa a la valoración de los hechos y la escasa utilidad que tiene hacer un relato de hechos cuando las discrepancias de las partes se reducen a cuestiones puntuales y no al conjunto de lo ocurrido.

c) Fundamentos de derecho.- En este apartado, también en párrafos números y separados, el juez debe explicar las razones y fundamentos jurídicos en los que va a apoyar su decisión sobre la controversia, siendo la parte más importante de la sentencia, junto con el fallo.

d) Fallo.- El fallo contiene la decisión de la sentencia y debe resolverse sobre cada una de las pretensiones deducidas en pronunciamientos bien diferenciados y numerados, aunque la estimación o desestimación de alguna de ellas pueda deducirse de los fundamentos jurídicos. Aunque, como señalábamos antes, no siempre la omisión de alguna concreta petición da lugar a incongruencia, si su desestimación resulta implícita en lo resuelto, el Código quiere que todas las pretensiones se contemplen expresamente en el fallo, lo que desde

luego constituye una buena práctica procesal que contribuye en mucho a la claridad de las sentencias.

También ha de contenerse en el fallo el pronunciamiento sobre costas y la determinación de la cantidad objeto de condena, rechazando la viciosa práctica de dejar la cuestión para ejecución de sentencia, salvo las excepciones previstas en el Código que estudiaremos más adelante.

Otra práctica viciosa muy frecuente, al menos en España, es remitir en el fallo a lo dicho en los fundamentos de derecho o citar preceptos jurídicos. El fallo debe ser autónomo, de modo que para determinar su contenido no debe ser preciso ni acudir a otras partes de la sentencia, ni menos aún a las leyes. En el fallo por tanto habrá que reproducir literalmente todos los pronunciamientos aunque los mismos sean reiteración de lo ya dicho en la fundamentación jurídica o del contenido de un precepto legal.

3.- PLAZO.- Lo determina el artículo 480 CPC. Conforme al mismo la sentencia deberá dictarse dentro de los diez días siguientes a la finalización de la audiencia probatoria y se notificará a la mayor brevedad posible, sin que el plazo de notificación pueda exceder de tres días desde que se dictó.

La inobservancia del plazo dará lugar a corrección disciplinaria, de no mediar justa causa que se hará constar en la resolución, según establece el artículo 201.2 CPC. Esta exigencia de dar la explicación en la sentencia que estaba en la Ley española de 1881 desapareció en la de 2000, al haberse convertido en una cláusula de estilo el justificar el retraso por la acumulación de trabajo, lo que además en la mayoría de los casos respondía a la realidad. No tiene mucho sentido el obligar a dar esa explicación, puesto que a quien corresponde pedirla, es a los órganos de inspección cuando existan indicios de que un órgano judicial está incurriendo en retraso negligente.

B.- Especial consideración de la valoración de la prueba.- Una parte esencial de la motivación de la sentencias, en los casos en que las partes discrepaban de los hechos de los que surge la controversia, es la relativa al camino que ha seguido el juez para fijar los mismos, es decir, que pruebas ha utilizado para determinar los hechos y cuales ha descartado, y las razones para proceder de este modo. Lo normal será que los hechos acreditados lo hayan sido mediante pruebas que directamente los demuestren. En ocasiones sin embargo su realidad puede

deducirse de otros hechos, bien porque la ley así lo establezca, ya admita o no prueba en contrario, bien porque tal deducción pueda hacerse por el juez con arreglo a la lógica.

1.- Acreditación directa de los hechos.- Las reglas generales sobre valoración de la prueba se encuentran en el artículo 479 CPC que en tres apartados regula la regla general en materia de prueba, los casos especiales en que el valor de la prueba viene determinado por la ley y la forma en que ha de procederse a esa valoración. Tal precepto deberá completarse con las reglas que con carácter general establece el artículo 245 CPC en materia de valoración de la prueba.

i) *Libre valoración de la prueba*.- La regla general es que el tribunal deberá valorar la prueba conforme al principio de libre valoración. Ahora bien, libre valoración no equivale a arbitrariedad, como se encarga de precisar el artículo 245.1, sino que por el contrario el tribunal debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humano, así como de acuerdo con las normas que rigen el razonamiento lógico, motivando siempre la sentencia de manera precisa y razonada. Si decíamos que no siempre es posible una fundamentación jurídica comprensible para cualquier persona, en razón de que a veces para comprender los razonamientos jurídicos hacen falta conocimientos que no están al alcance de cualquier persona, en esta materia de valoración de prueba, la explicación sin embargo si ha de estar al alcance de cualquier persona con una inteligencia normal. Determinar por qué un testigo es o no creíble o explicar las pruebas que apoyan una conclusión es algo que puede hacerse de forma que sea comprensible para quien sea lego en derecho y eso es en definitiva lo que vienen a exigir los artículos 479 y 245, una explicación clara y comprensible de en qué se basa el juez para fijar los hechos.

ii) *Prueba tasada*.- Establece el apartado 2 del artículo 279 que en las pruebas de interrogatorio de parte y documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado que determinadas declaraciones y documentos tengan atribuido. El artículo 245.1 de forma más general se refiere a pruebas en los que la ley establezca una valoración expresa e inequívoca. En estos casos el juez no podrá ignorar la prueba, sino que tendrá que tener por acreditado el hecho a que se refiere la misma.

En realidad los supuestos de prueba tasada son muy reducidos y siempre existe la posibilidad de que resulten desvirtuados de alguna forma. Repugna al derecho moderno el que por disposición legal deban tenerse por probados hechos que claramente no se corresponden con la realidad y que el juez resuelva una controversia sobre una ficción. Así es cierto que el artículo 268.1 CPC obliga a tener por ciertos los hechos reconocidos por una parte que le sean

perjudiciales, sobre la base lógica de que nadie tiene interés en mentir con respecto a una afirmación que le perjudica. Ahora bien, se establecen dos cautelas, que el sujeto haya intervenido personalmente, puesto que en caso contrario esa base lógica no tiene razón de ser, que no se divida la declaración en contra del declarante, lo que ocurriría se tomase una parte perjudicial, de una frase o afirmación que en su conjunto no lo es, y que, además, tales hechos no sean contradichos por otras pruebas practicadas. En este último caso se restaura la posibilidad de libre valoración por el juez.

Otro supuesto de prueba tasada lo encontramos en los artículos 273 y 280 CPC en relación con los documentos. Conforme al artículo 273 los documentos públicos hacen prueba del hecho, acto o estado de cosas que documenten y que motivó su otorgamiento, de la identidad y fecha de éste y de la identidad de los fedatarios y demás personas que intervengan en él. Con respecto a los contratantes y sus causahabientes con respecto a las declaraciones de los primeros. La única vía en estos casos para combatir la prueba es impugnar la autenticidad del documento, demostrando su falsedad.

Los documentos administrativos no definidos expresamente como públicos en el artículo 271 CPC⁵⁵ también habrán de tenerse pro ciertos, a falta de una disposición expresa que regule su valor, pero se admite la posibilidad de que queden desvirtuados por otros medios de prueba.

Finalmente a los documentos privados se les otorga el mismo valor que a los públicos cuando no sean impugnados por la parte a quien perjudique, es decir, sólo cuando existe conformidad entre las partes sobre su autenticidad. En caso contrario podrá proponerse prueba sobre su autenticidad y estar al resultado de la misma. Cuando la prueba no fuera concluyente o no se proponga prueba, la impugnación de todas formas permite al juez recuperar la libre valoración del documento.

⁵⁵ ARTÍCULO 271. DOCUMENTOS PÚBLICOS EXPEDIDOS POR AUTORIDADES. Son documentos públicos a efectos de prueba en el proceso:

1. Las ejecutorias y actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los secretarios.
2. Los otorgados ante o por notario, según la ley de la materia.
3. Los otorgados ante funcionario o empleado público legalmente facultados para dar fe en ejercicio de sus atribuciones.
4. Los expedidos por Corredores de Comercio y las certificaciones de operaciones en que hubiesen intervenido, en los términos y con las solemnidades que prescriben el Código de Comercio y las leyes especiales.
5. Las certificaciones expedidas por los Registradores en los asientos registrales.
6. Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de los órganos en que ejercen sus funciones.

iii) *Forma de valorar la prueba.*- Exige el artículo 479.3 que el tribunal atribuya un valor o significado a cada prueba de manera individual, determinando si conduce o no a probar la existencia de un hecho y el modo que se produjo. Lo que pretende rechazar este precepto es la viciosa práctica de apoyarse en una pretendida valoración en conjunto de la prueba para llegar a un determinado resultado, sin especificar que pruebas apoyan ese resultado y por qué se descarta a las que lo contradicen. En definitiva la motivación de las sentencias exige que el tribunal haga un análisis serio y suficientemente detallado de la prueba practicada, exponiendo las razones por las que se apoya en una e ignora otras.

Ello naturalmente no quiere decir que tenga que valorar de forma minuciosa todas y cada una de las pruebas, especialmente cuando un conjunto de ellas se refieren a un mismo hecho. La valoración individualizada de las pruebas puede ser sucinta, es decir con mención de los elementos esenciales que son relevantes para el litigio, incluso agrupando a los efectos de esa valoración sucinta las pruebas que hayan dado un resultado sustancialmente idéntico. Particularmente en los casos en que más de una prueba se haya dirigido a determinar la existencia de un mismo hecho, o el modo en que se produjo, el artículo 479.3 ordena que se pongan en común, con especial motivación y razonamiento del resultado final al que se llegue. La valoración de la prueba requiere en estos casos que el proceso de valoración se haga teniendo en cuenta todas las pruebas practicadas sobre ese hecho, relacionándolas entre sí y explicando, en caso de que hayan tenido resultados divergentes, por qué se otorga más valor a unas que a otras.

2.- Presunciones.- En determinadas ocasiones puede ocurrir que un hecho no resulte acreditado, pero que sin embargo resulte acreditado otro que implique la existencia de aquel, es decir, que permita de algún modo presumir su existencia. Tal presunción será legal cuando un precepto legal la establezca, o judicial, cuando la lleve a cabo el juez mediante una deducción lógica, por lo que se distingue entre presunciones legales y judiciales.

a) Legales.- De acuerdo con el artículo 477 cuando la ley establezca una presunción, la persona a la que favorezca quedará dispensada de la prueba del hecho presunto, siempre que queden probados los indicios en que se base. Ahora bien, el que normalmente, o en la mayoría de los casos, un determinado hecho conlleve otro y así se establezca legalmente, no impide que excepcionalmente pueda no ser así. Por eso la ley puede

7. Las ordenanzas, estatutos y reglamentos de sociedades, comunidades o asociaciones, siempre que estuvieren aprobados por autoridad pública, y las copias autorizadas en la forma prevenida en el número anterior.

establecer la presunción de forma absoluta (si A entonces B) o de forma condicionada (si A entonces B, salvo que se acredite que A en el caso concreto no implica B).

Se dice en este segundo caso que la presunción admite prueba en contrario y a esta materia dedica el artículo 477 los apartados 2 y 3. Según el primero de esos apartados la prueba dirigida a destruir la presunción puede hacerlo de tres formas distintas:

- Probando que los hechos o indicios en que se basa la presunción no existen.

- Probando que esos hechos en el caso concreto contravienen lo que es normal o general y dan lugar a un efecto distinto al establecido en la ley.

- Probando que esos hechos no producen excepcionalmente el resultado previsto en la ley.

El apartado 3 del citado precepto no hace sino reiterar las reglas generales sobre motivación de las sentencias en general y valoración de la prueba en particular, de modo que si la presunción legal admite prueba en contrario no bastará con establecer los hechos de los que resulta la presunción, sin que ha de explicarse por qué en el caso concreto se considera acreditada la consecuencia. Considero que tal explicación sin embargo solo tiene sentido si por la otra parte se ha practicado prueba para destruir la presunción. Sólo en este caso tiene sentido el que el juez deba razonar y justificar la presunción legal, en el sentido de explicar por qué descarta que la prueba de la parte a quien perjudica es insuficiente para destruirla. Si no ha tenido lugar esta actividad probatoria el juez está obligado a respetar la presunción legal y no es necesaria más explicación al respecto que la existencia de una norma que la impone.

b) Judiciales.- Conforme al artículo 478 CPC el juez puede presumir la existencia de un hecho a partir de los indicios que se hayan logrado probar en la audiencia. En las presunciones legales, es la ley la que ampara y protege, la deducción basada en los conocimientos generalmente admitidos, en la experiencia común o en la necesidad de proteger desde el punto de vista legal determinadas situaciones si no existen pruebas que las desvirtúen. El juez, como señalábamos antes no tiene por qué dar explicación alguna, salvo que se aporten pruebas en contrario, porque actúa amparado por la ley. Cuando esos conocimientos o experiencia amparen una deducción no recogida en la ley, el Código la admite pero impone unos concretos requisitos:

- i) Que se funde en hechos reales y probados. Realmente no puede considerarse esta condición como novedosa, puesto que la aplicación de una presunción legal tiene también que fundarse en hechos reales y probados.

ii) Que esos hechos o indicios sean relevantes, bien por su gravedad o trascendencia, bien por su número, bien por su precisión, bien por su concordancia, bien por una concurrencia de dos o más de esos factores. Un indicio aislado, débil o del que puedan extraerse diversas conclusiones con igual validez no es suficiente para la presunción.

iii) Que la presunción pueda establecerse de conformidad con las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humanos. Es decir que sea una relación o enlace que tenga un reconocimiento generalizado, lo que no quiere decir que tenga una común aceptación en la generalidad de las personas. Puede tratarse de cuestiones técnicas o científicas en los que el reconocimiento debe referirse a la comunidad científica especializada en dichos problemas.

Lógicamente, la afirmación y prueba de que por regla general existe un enlace preciso y directo entre el hecho acreditado y el que sustenta las pretensiones de la parte que lo alega, admite siempre prueba en contrario por la otra parte, bien dirigida a destruir el hecho base, bien dirigida a demostrar que en el caso concreto no se cumple la regla general en que se basa la presunción, produciendo otro resultado o ninguno en el caso concreto, y así lo establece expresamente el artículo 478.3 CPC.

Finalmente, nuevamente resalta el Código la necesidad expresamente exponga el enlace racional en que se sustenta la pretensión, exigencia lógica de la obligación de motivar las sentencias en general y de valorar las pruebas, como faceta concreta de esa obligación, lo que se recoge en el artículo 478.2, dado que en este caso el juez no puede escudarse en que aplica una ley que expresamente la admite. Esta obligación conlleva no solo el explicar la deducción, sino también y en su caso, el por qué se descartan o se aceptan la prueba dirigida a destruirla o a impugnar los hechos en que se sustenta.

C.- Supuestos especiales: condenas de futuro y al pago de cantidades indeterminadas.- Dentro de los pronunciamientos que debe contener el fallo de la sentencia el Código contempla normas especiales para dos supuestos que son problemáticos, cuales son las condenas al pago de cantidades que se devengan con posterioridad al dictado de la sentencia, lo que contraviene el principio general de que la sentencia resuelve controversias pasadas, pero no futuras, y el caso de que se condene al pago de cantidad indeterminada, lo que es contrario a la exigencia de precisión en el fallo de las sentencias.

1.- CONDENAS DE FUTURO.- Ya vimos con anterioridad que el artículo 430.4 CPC permitía que en la demanda, cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones

periódicas, se instase el pago de las que se devengasen con posterioridad a la demanda, e incluso después de dictar sentencia. Y que correlativamente con este precepto el artículo 480.2 expresamente prevé esta posibilidad como una parte del fallo de la sentencia. Nada añade este artículo al 430.4, constituyendo una inútil reiteración del mismo, por lo que en cuanto a la problemática que plantea esta cuestión nos remitimos a lo ya dicho a la hora de estudiar la demanda. Solo insistir en que esta posibilidad genera serias reservas en orden a la indefensión que puede generar en el demandado y eventual condenado, por lo que debe ser aplicada con mucha cautela.

2.- CONDENAS AL PAGO DE CANTIDAD INDETERMINADA.- Como indicábamos antes, la regla general del artículo 200.2 es la de que en el fallo de la sentencia debe determinarse la cantidad objeto de condena. Ello constituye una exigencia de la tutela judicial efectiva, puesto que nadie debe ser condenado si haber sido oído y haberse podido defender de las pretensiones de la parte contraria. Si se le condenase al pago de una cantidad indeterminada, el demandado podría encontrarse en ejecución de sentencia con la obligación de pagar una suma sobre cuya cuantía no pudo discutir en la fase declarativa del juicio y que se ve obligado a combatir con los limitados medios que se le conceden en ejecución de la sentencia. No obstante el precepto prevé la posibilidad de que la ley excepcionalmente autorice casos de condena con reserva de liquidación.

Por su parte el artículo 209 concreta y detalla esta prohibición de pedir en la demanda sentencias al pago de cuantía indeterminada, dejando su liquidación para ejecución de sentencia, salvo que la liquidación consista en una mera operación matemática, lo que requiere que las bases de la misma queden perfectamente fijadas en la sentencia. Únicamente cuando lo que se pretenda es exclusivamente que se condene al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas o utilidades o productos, se podrá dictar sentencia sin especificar cuantía alguna, dejando para un proceso posterior la determinación de la deuda que el demandado pretende pagar. Es decir, se trata de supuestos en que el demandado niega la obligación de pagar y lo único que se pretende es que el tribunal declare la existencia de esa obligación. Si tras esa declaración el demandado se niega a pesar de ello a pagar o surge controversia sobre el importe de lo que se debe pagar, entonces deberá el acreedor presentar nueva demanda para obtener ya el pago de cantidad determinada.

De estas normas resulta con claridad la loable regla de que la sentencia fije con claridad lo que puede ser en cada momento objeto de ejecución, pero las mismas resultan enturbiadas por el artículo 480.3 que viene a establecer una excepción genérica a la misma cual

es que se pida una condena a cantidad sin especificarla, lo que en principio infringiría las prohibiciones de los citados artículos, y no haya sido posible concretar la cuantía en la sentencia. En este caso se remite al artículo 884 CPC relativo a la liquidación en ejecución forzosa de daños y perjuicios. No se entiende muy bien esta excepción que deja sin contenido en la práctica los demás artículos y la prohibición de sentencias que condenen a cuantía indeterminada, transformándola en una simple obligación del juez de tratar de concretar por todos los medios la cuantía de la sentencia en la condena. Desde luego en este punto se aparta de la Ley española del 2.000 que no admite en modo alguno semejante excepción.

Los jueces deben hacer un esfuerzo por evitar este tipo de situaciones, procurando, en el caso de que se pidan demandas sin justificar la cuantía, que tal cuantía se concrete en la audiencia preliminar, utilizando las facultades que tienen en orden a la prueba para procurar que se practique la necesaria en orden a conseguir esa finalidad y, finalmente, procurando en la sentencia bien determinar la cuantía de la indemnización con los datos que cuenten, bien declarar solo la deuda y dejando para un juicio posterior la fijación de la cuantía. Sólo excepcionalmente y en casos muy justificados, en que aprecien una verdadera imposibilidad de hacerlo y pueda excluirse la dejadez o desidia del actor, deberían dejar la determinación de la cuantía para la ejecución de sentencia, por la clara indefensión que ello supone para el demandado.

IX. TERMINACIÓN DEL PROCESO SIN SENTENCIA CONTRADICTORIA

A.- Aproximación.- El proceso civil, según hemos dicho, termina habitualmente con sentencia contradictoria, es decir, con una sentencia sobre el fondo dictada en situación de controversia o enfrentamiento entre las partes; éste es, sin duda el primer y principal modo de finalización del proceso y, por ello, suele denominarse *modo normal* de terminación del mismo.

Pero, excepcionalmente, puede terminar el proceso civil de un modo distinto al anterior, esto es, sin sentencia o con sentencia no contradictoria. La doctrina española suele hablar en estos casos de *terminación anormal del proceso*. El Código regula cinco supuestos que pueden agruparse en esta categoría, cuales son la carencia de objeto y satisfacción extraprocesal, la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción y el abandono del proceso. Estos

supuestos, en comparación con el caso de terminación por sentencia contradictoria, se dan con poca frecuencia, de ahí su *anormalidad* o rareza que nada tiene que ver con un carácter perturbador o perjudicial para el ordenamiento jurídico. El Código elude esta terminología y describe simplemente el capítulo que dedica a esta materia como terminación del proceso sin sentencia contradictoria.

Y es que no solo no suponen estas formas de terminación una disfuncionalidad del proceso, sino que mas bien al contrario, la característica común de estas formas de terminación es ser una manifestación del principio dispositivo que rige el proceso y que recoge con la consideración de principio general el artículo 10 CPC, cuyo apartado 3 establece que “*Las partes pueden poner fin al proceso antes de que se dicte sentencia, en cualquiera de las instancias o en casación, en los términos fijados por este Código, si el acto dispositivo está autorizado por las leyes*”. Como señala Miguel Ángel FERNÁNDEZ⁵⁶ vienen a ser “manifestación de que las partes, y en la medida en que les corresponde, conservan durante todo el proceso la capacidad de disposición sobre aquello que ha sido deducido en juicio, y pueden, sea mediante declaración de voluntad unilateral, sea bilateral, poner fin anticipado al proceso o que éste termine con una decisión que tal vez no habría sido la que el Juez hubiera adoptado”.

Este principio aparece desarrollado en el artículo 481 CPC en los siguientes términos:

“1. Las partes podrán disponer de las pretensiones interpuestas en el proceso, en cualquier estado y momento del mismo, ya sea en la primera instancia, durante la sustanciación de los recursos o en la ejecución forzosa, siempre conforme a la naturaleza de cada acto de disposición. A tal efecto podrán renunciar, desistir del proceso, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo.

2. De lo dispuesto en el punto anterior se exceptuarán los casos en los que la ley prohíba la disposición o la limite por razones de orden público, de interés general, de protección de terceros, o cuando implique fraude de ley.”

De estos artículos resultan dos notas comunes a todas estas formas de terminación del proceso:

1.- La necesidad de que no haya recaído sentencia que ponga fin definitivamente al proceso, puesto que evidentemente en este caso el proceso habría terminado ya en la forma ordinaria y quedaría fuera del poder de disposición de las partes.

⁵⁶ Derecho procesal práctico, tomo IX, página 219.

2.- Que el acto no afecte a materias que estén fuera del poder de disposición de las partes, por recaer sobre ellas un interés público, como suele ocurrir en materia de menores o de incapacidad de las personas, ni que con el mismo se persiga una finalidad fraudulenta o contraria a la ley.

Pasamos a examinar la regulación que de estas instituciones realiza el Código con ocasión del juicio ordinario.

B.- Carencia de objeto y satisfacción extraprocésal.- La regulación de esta causa de terminación del proceso constituye una novedad del Código, como en su día lo fue de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2.000, que constituye su claro precedente, novedad muy discutida y criticada en cuanto a su necesidad y oportunidad.

Regula el artículo 482 lo que denomina “Finalización anticipada del objeto por carencia sobrevenida de objeto o por satisfacción extraprocésales”, cuyas características esenciales son las siguientes:

1.- Como **requisito objetivo** establece la ley la necesidad de que se base en un hecho nuevo, ocurrido con posterioridad a la interposición de la demanda, es decir, un hecho que el actor no puede tener en cuenta en el momento de redactarla. Este hecho ha de tener necesariamente la consecuencia de que determine la falta de interés legítimo en obtener la protección jurisdiccional solicitada,

- a) Por desaparición del objeto del proceso.
- b) Por haberse satisfecho las pretensiones fuera de él.
- c) Por cualquier otra causa.

2.- Como **requisito subjetivo** exige la ley por la parte a quien interese. Esto es desde una frase ambigua que en la práctica permite que pueda plantearlo cualquier parte que tenga interés en que termine el proceso. Es censurable que no se limite la posibilidad de plantearlo a quien ejercita la pretensión, que es el único legitimado para decidir si su interés ha decaído sin necesidad de que se celebre el juicio. En caso contrario, si por esta vía un demandado consigue, con la oposición del actor, que se le absuelva, con el solo requisito de que se celebre una comparecencia sumaria, y sin que el actor pueda utilizar en defensa de su derecho, que él considera vigente, todos los medios y recursos que procesalmente le corresponden, se le podría originar indefensión. Ello conlleva en mi opinión que cuando no es el titular de la pretensión el que alega esta causa de terminación del proceso, debe admitirse la

petición con suma cautela y denegarla el juez por regla general y salvo casos excepcionales en que la falta de interés del litigio sea patente, manifiesta y evidente, si no es admitida la misma por ese titular. No tiene ningún sentido que si el demandado alega el pago antes de la demanda, sea preciso el juicio, pero si alega que lo ha efectuado después de la demanda, a pesar de no reconocer este hecho el actor, pueda resolverse en su contra en una comparecencia sumaria.

3.- No establece la ley ningún límite en cuanto al **momento en que puede plantearse**. Ello determina que la alegación de esta causa pueda dar lugar a la paralización del proceso cualquiera que sea el estado en que se encuentre mientras se tramita el incidente, de modo que los jueces deberán estar atentos para evitar abusos procesales. Por razones obvias entiendo que debe plantearse antes de que se dicte sentencia en primera instancia, puesto que resuelto el litigio no cabe ya la finalización del mismo de otro modo.

4.- En cuanto a la **tramitación**, formulada la solicitud, se da traslado de la misma por cinco días a todas las partes procesales, salvo que la hubiesen planteado conjuntamente todas las partes, en cuyo caso, lógicamente, de inmediato dictará auto accediendo a lo solicitado. De igual forma procederá el juez si transcurrido el plazo, nadie se opusiese.

El Código recoge tres posibles causas de oposición:

a) Que el objeto procesal no ha desaparecido. Parece difícil que puede plantear esta causa de oposición persona distinta al que ejerce la pretensión.

b) Que no se ha dado satisfacción extraprocésal. En este caso es obvio que sólo quien ejerce la pretensión puede alegar esta falta de satisfacción.

c) Cualesquiera otros argumentos. En esta cláusula final y abierta podría caber la oposición del demandado a la pretendida satisfacción extraprocésal o carencia de objeto, interesando una sentencia de fondo. Pero difícilmente puede concebirse esa oposición cuando la ley le garantiza una resolución con efectos de sentencia absolutoria que garantiza el que no se pueda plantear nuevamente la pretensión en un futuro.

En caso de oposición el juez debe señalar una audiencia dentro de los cinco días siguientes con ese objeto y resolverá en los tres días siguientes, imponiendo las costas del incidente a quien hubiere visto desestimada su pretensión, es decir, a quien pidió la finalización del proceso, sin el mismo continúa, o a quien se opuso a esa finalización, si esta se decreta.

5.- **Resolución.**- Es la principal novedad frente al desistimiento tradicional. Basándose en la desaparición del interés legítimo otorga a la resolución que se dicte los efectos de sentencia absolutoria, lo que supone la definitiva resolución de la controversia y la imposibilidad de plantearla en otro litigio.

6.- **Costas y recursos.**- En cuanto a las costas del pleito, que no hay que confundir con las del eventual incidente de oposición, las regula la ley con la enigmática frase de que el juez “hará el pronunciamiento sobre costas que proceda”, y digo enigmática porque los artículos 219 y 222 CPC no contienen la más mínima referencia a esta cuestión.

Desde luego, si la resolución equivale a una sentencia absolutoria, ello impide la aplicación del criterio objetivo del vencimiento, dado que en este caso se impondrían siempre al actor, lo que no parece equitativo cuando la causa de finalización no se le puede imputar con carácter general. Más bien al contrario, cabrá que en ocasiones se deba a un pago tardío del demandado, por lo que sería más justo imponer a éste las costas dado que si es él el que da esa satisfacción nos encontraríamos en realidad con un allanamiento.

La interpretación de que el precepto autoriza al juez a proceder discrecionalmente, tampoco es aceptable, dado parece poco respetuosa con el principio de legalidad y seguridad que debe presidir el proceso.

La solución más adecuada parece ser la de aplicar por analogía las reglas establecidas para el allanamiento y el desistimiento, en la medida en que sea posible y se adapten a la naturaleza de la institución. Podrían ser las siguientes:

- a) No se impondrán costas cuando la carencia de interés legítimo se deba a un comportamiento del demandado anterior o coetáneo a su contestación, salvo que se aprecie mala fe.
- b) Tampoco se impondrán si la carencia de interés legítimo se debe a una circunstancia objetiva cuya realización no estaba en manos de ninguna de las partes.
- c) Se impondrán al demandado cuando el comportamiento que origina la carencia de interés sea posterior a la contestación.
- d) Y se impondrán al actor si la pérdida del interés legítimo le es en alguna medida imputable y la finalización del procedimiento no fuera de común acuerdo con el demandado, aunque este no se opusiese a la misma.

En materia de recursos el artículo lógicamente otorga el de apelación contra el auto que finaliza el procedimiento y no permite recurso alguno contra el auto que ordene la continuación.

En resumen no parece que esté muy justificada la institución ni que su regulación pueda calificarse de acierto. Hubiera bastado en mi opinión la más sencilla solución prever en el caso de la renuncia, el desistimiento y el allanamiento la previsión de que tales conductas tengan su base en circunstancias objetivas sobrevenidas y no imputables a las partes a los meros efectos de evitar la condena en costas en cualquier momento que se produzcan.

C.- Renuncia.- De acuerdo con el artículo 483 CPC la renuncia del actor, ya sea a la pretensión procesal interpuesta o al derecho material en que funde su pretensión, implique que se dicte sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente improcedente, en cuyo caso dictará auto mandando seguir el proceso adelante. Tal sentencia tendrá efectos de cosa juzgada.

Como señala López Simó⁵⁷, qué sea la renuncia es una cuestión más compleja de responder que los efectos que produce. Al tratar de la renuncia salen a relucir las concretas posiciones que cada uno tiene respecto de las instituciones sobre las que se asiente el Derecho Procesal. La renuncia, o más concretamente, el objeto de la renuncia es diferente según se sostenga que la acción es un derecho subjetivo público a una tutela jurisdiccional, que la tutela es abstracta, o que la pretensión procesal es la base sobre la que se apoya el proceso. El Código resuelve estas polémicas doctrinales mencionando tanto la pretensión procesal o al derecho material. No es sin embargo este el lugar adecuado para tratar una cuestión tan compleja, y en mi opinión más teórica que practica. Baste apuntar que en algunos casos, cuando se reclama una deuda, la renuncia implica necesariamente el reconocimiento de que el demandado no debe nada; por el contrario si lo que se ejerce es una acción declarativa de dominio, la renuncia lo es solamente a obtener esa declaración del demandado, pero no tiene por qué implicar ni un reconocimiento de que el actor no es propietario, ni de que lo es el demandado. En definitiva siguiendo el criterio practico de nuestro código, baste decir que la renuncia lo es a la concreta finalidad de tutela de derechos perseguida en el proceso de forma definitiva, sin posibilidad de

⁵⁷ Francisco LÓPEZ SIMÓ, *Algunos problemas de la denominada "terminación anormal" del proceso civil* CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL (JUICIO DE REBELDÍA, TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO. RECURSOS). Cuadernos de Derecho Judicial XXX/1995, CGPJ, Madrid 1996.

volver a plantearla en los mismos términos, lo que normalmente conlleva la renuncia al derecho que fundamenta la demanda, pero no siempre.

No cabe la renuncia sobre derechos indisponibles. Una vez dictada sentencia la renuncia del derecho carecerá de efectos procesales, dado que conforme al artículo 203 no cabe variar las resoluciones judiciales una vez dictadas. Únicamente por vía de recurso podrá dejarse sin efecto la sentencia, recurso que sin embargo solo está legitimado para interponer aquél a quien no favorece. Todo ello, sin perjuicio de los efectos que una renuncia expresa, terminante y clara pueda tener en el aspecto sustantivo y en la ejecución de esa resolución. En ese caso extinguiría el derecho, que como tal no podría ser ejecutado, pero no alteraría el resultado del proceso.

No se establece norma alguna en relación con el pronunciamiento sobre costas porque no es necesario, dado que al conllevar la renuncia una sentencia absolutoria, será aplicable la regla del artículo 219.1 CPC, e imponerse al actor que ha visto rechazadas sus pretensiones, sin que a ello obste que tal desestimación se funde en un acto propio del mismo.

Cabe naturalmente la renuncia parcial, en cuyo caso el proceso continuará hasta sentencia, la cual necesariamente deberá absolver al demandado de aquello a lo que afecta la renuncia, por lo que la estimación de la demanda, incluso en el caso de prosperar las pretensiones a los que no se ha renunciado, sería parcial.

Se diferencia claramente de la declaración de haber sido satisfecha extraprocésalmente una pretensión en tanto en cuanto esta declaración no implica la renuncia a la misma, sino muy al contrario que ya se ha obtenido lo que se buscaba.

D.- Desistimiento.- El desistimiento es aquella manifestación del actor a través de la cual evidencia su voluntad de no desear la continuación del proceso, en virtud del derecho de disposición que tiene sobre el mismo por haberse iniciado a instancia suya, y dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. Se diferencia de la declaración de que ha sido satisfecho extraprocésalmente y de la renuncia, en tanto en cuanto supone solo un abandono no definitivo sino provisional de la pretensión, que no le impide reiterarla en un momento posterior, dado que conforme al artículo 484.3 CPC, queda siempre a salvo el derecho para promover nueva proceso sobre la misma pretensión.

No cabe desistirse de la demanda una vez que haya caído resolución definitiva. En mi opinión una vez que el juez ha resuelto, no cabe privar de eficacia a su decisión si no es por vía de recurso. Ello es una consecuencia ineludible del principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales que establece el artículo 203 CPC. Cuestión distinta es que la parte a

quien beneficia la resolución no promueva su ejecución o llegue a un acuerdo con la otra parte que haga inviable esa ejecución.

Si se interpone un recurso, el recurrente podrá desistirse del mismo, pero ello implica necesariamente dejar vigente la resolución dictada en la primera instancia.

No establece el Código ninguna limitación al desistimiento, por lo que podría pensarse que cabe sobre cualquier objeto procesal, incluso en aquellos casos en que se trate de materias indisponibles salvo que expresamente lo prohíba la ley, dado que el derecho puede volver a ejercitarse.

El artículo 484 distingue en sus apartados 2 y 3, según que el desistimiento se lleve a cabo unilateralmente por el actor o de forma bilateral.

a) El desistimiento **unilateral** puede producirse en cualquier momento antes de que el demandado se emplazado para contestar en el juicio ordinario, o haya sido citado para la audiencia en el juicio abreviado, y sin esos límites mientras el demandado se encuentre en rebeldía. En estos casos al no estar el demandado personado, carece de cualquier facultad de disposición del proceso, correspondiendo esta exclusivamente al actor, por lo que puede decidir libremente continuar o no el proceso que él ha iniciado.

b) Desistimiento **bilateral**.- Por el contrario, si el demandado se ha personado ya ha de contarse con el mismo para dar término al proceso, puesto que al demandado puede interesarle la continuación del proceso y la resolución definitiva de la controversia y no quedar pendiente de que en un futuro pueda volver a plantearse por el actor.

El Código exige en estos casos la conformidad del demandado, a cuyo efecto dará traslado del escrito de desistimiento para que alegue lo que estime conveniente. Si no se opone, bien porque expresamente muestre su conformidad, bien porque no alegue nada en contra del desistimiento, el juez dictará auto de sobreseimiento. En caso contrario, resolverá lo que estime oportuno sobre la continuación del proceso. Entiendo que esta resolución deberá basarse en la consideración de un interés legítimo por parte del demandado en que se dicte sentencia y/o indicios de un abuso procesal por parte del actor, cuando con la interposición de la demanda y la amenaza indefinida de volver a plantearla persigan de alguna manera acosar o molestar al demandado.

Sin embargo el artículo 220.3 no se ajusta a este esquema a la hora de regular las costas en caso de desistimiento sino que se limita a distinguir si el desistimiento del actor ha sido o no consentido por el demandado. En el primero caso impone todas las costas al actor; en caso de consentimiento ordena por el contrario que no se impongan las costas a ninguno de los litigantes.

El desistimiento por su parte puede ser también total, cuando recae sobre todas las pretensiones, o parcial, cuando solo afecta a alguna o algunas. En este último supuesto, el proceso seguirá respecto de las acciones no desistidas, quedando el resto sustraídas al conocimiento del juez, puesto que en caso contrario habría una incongruencia *extra petita*.

En caso de desistimiento parcial, la sentencia que se dicte sólo podrá estimar parcialmente la demanda, con las consecuencias que ello conlleva en materia de costas.

E.- Allanamiento.- Como señala Márquez Romero⁵⁸, en principio, como idea esencial y punto de partida, podemos decir que el allanamiento es un acto del demandado por el que éste se conforma con los pedimentos de la demanda. O como dice Miguel Ángel Fernández⁵⁹, se trata en definitiva de una declaración de voluntad unilateral del demandado por la que acepta que el actor tiene derecho a la tutela jurisdiccional que solicitó en la demanda.

Al contrario que la satisfacción extraprocésal, no requiere que se de cumplimiento a lo que pretende el actor, solo que se reconozca su derecho. No obstante nada impide al demandado otorgar esa satisfacción al mismo tiempo que se allana. En estos casos la diferenciación entre ambas instituciones puede ser difícil.

Señala López Simó⁶⁰ como notas características del allanamiento:

a) Es un *acto de disposición* del demandado sobre la materia objeto del proceso y dirigido a poner fin a la controversia y al proceso.

b) Es un *acto incondicional*, es decir, supone tanto el reconocimiento de los hechos alegados por el actor como con el efecto jurídico que de esos hechos éste deduce.

c) *Afecta solo al allanado*, de forma que el allanamiento de uno no afecta a los demás demandados y en caso de litisconsorcio necesario, solo es válido el allanamiento de todos.

d) Su *efecto* es la terminación del proceso mediante sentencia conforme con lo que el actor pidió en su demanda

e) Para poner fin al proceso ha de ser *total*. El allanamiento parcial no pone fin al proceso, sin perjuicio de la obligación del juez de conceder las pretensiones sobre las que ha recaído.

f) Ha de ser *expreso*.

g) No requiere *formalidades* concretas.

⁵⁸ Pedro MÁRQUEZ ROMERO, *El allanamiento en el proceso civil*, página 11, Editorial Comares, Granada 1992.

⁵⁹ Obra citada, página 225.

⁶⁰ Obra citada, página 74

*h) Para hacerlo en nombre del interesado ha de tenerse *poder especial*.*

En concordancia con este concepto, y dada las indudables y obvias ventajas que en orden a la economía procesal presenta la institución, el artículo 485.1 CPC permite que el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, aceptándolas, con la consecuencia de que se dictará de inmediato sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste.

El Código no establece límite temporal alguno por lo que puede hacerse en cualquier momento procesal hasta el momento en que se dicte sentencia, puesto que, como ya hemos visto, una vez dictada las resoluciones judiciales son invariables.

El artículo 486 establece las causas en virtud de las cuales puede ser rechazado por el Juez que no son otras que

- Ser contrario a la ley, al orden público o al interés general.
- Realizarse en perjuicio de tercero.
- Encubrir un fraude de ley

En el apartado 2 el artículo 486 se regula el allanamiento parcial, es decir cuando se limita a una parte de la pretensión del actor o a alguna o algunas de las que ha formulado. En este caso no se pone fin al proceso como es lógico que continuará pero solo para resolver las cuestiones planteadas por el actor que no hubieran sido objeto de allanamiento. En cuanto a aquéllas con las que el demandado se hubiera aquietado se prevén dos posibilidades:

a) Que sea posible con respecto a las mismas un pronunciamiento separado que no prejuzgue el resto de las cuestiones. En este caso el juez dictará auto recogíendolas, el cual será ejecutable.

b) Que no sea posible ese pronunciamiento separado. Por ejemplo si se reclama el precio de una mercancía y el demandado admite que recibió y adeuda sólo la mitad de lo que le reclama el actor, la cuestión debe resolverse en su conjunto definitivamente en la sentencia. En la sentencia que se dicte como mínimo el juez deberá conceder al actor aquello a lo que se ha allanado el demandado.

El Código no exige ninguna forma especial, pero en todo caso el allanamiento ha de ser expreso, y así resulta de la exigencia de que el demandado acepte las pretensiones del actor. No basta con que no se oponga o guarde silencio.

Finalmente en materia de costas, el artículo 220 distingue según el allanamiento tenga lugar en la contestación o antes de la audiencia o después. En el primer caso no impone

costas, salvo que aprecie mala fe. En el segundo sí impone las costas al allanado. No veo obstáculo para que el allanamiento tenga lugar antes del emplazamiento para contestar.

El artículo 220.2 entiende que existe mala fe si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera dirigido a él solicitud de conciliación. Para que exista la mala fe entiendo que es imprescindible una identidad sustancial entre lo que fue objeto de requerimiento y lo que después se pretende en la demanda. En todo caso puede haber otros supuestos de mala fe aparte del expresamente recogido en el Código, debiendo apreciar el juez en todo caso las circunstancias concurrentes.

Ello plantea un problema práctico, que no es otro que el de cómo puede el actor acreditar esa mala fe, ya que el allanamiento del demandado impide la proposición y practica de prueba. Cabe desde luego que esa mala fe pueda deducirse de las alegaciones y documentos aportados con la demanda.

Para resolver esta cuestión ha de partirse de la base de que las excepciones a la no imposición de costas al allanado deben contemplarse con carácter restrictivo para no frustrar las indudables ventajas que tal institución conlleva tanto para la parte actora, que se ve relevada de la carga de la prueba y consigue reducir de forma notable el tiempo que tarda en reconocerse su derecho, como para la propia Administración de Justicia que ve enormemente facilitada su labor, ventajas que son las que han impulsado al legislador a premiar y favorecer dicha institución; ciertamente el precepto exige una valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si existió o no mala fe por parte del demandado en cuanto al cumplimiento de la obligación demandada con anterioridad a la interposición de la demanda, sin que quepa confundir o identificar la mala fe que exige el citado artículo con el simple incumplimiento. Por tanto es preciso demostrar que el demandado negó al actor con anterioridad al proceso lo que ahora sin más admite o que, sin negarlo, no cumplió con su obligación sin causa alguna para ello. En definitiva la mala fe supone el propósito deliberado de obligar al actor a acudir al proceso judicial y correr con los pertinentes gastos procesales con la sola finalidad de dilatar sin motivo alguno el cumplimiento de la obligación. No cabe por ello apreciar mala fe en quien niega la deuda pero no la cumple por sus dificultades económicas o de otra especie.

Por otra parte el allanamiento no puede confundirse con la simple admisión de hechos y no conlleva por ello un reconocimiento de hechos concretos sino solo un aquietamiento a las pretensiones de la demanda, por lo que al conformarse el demandado con la demanda no puede estimarse que haya admitido la realidad de la existencia de requerimientos previos o de intentos amistosos previos a la demanda de cobro, ni menos aún que la falta de pago se debiera única y exclusivamente a su voluntad de no pagar. La mala fe que impide la no imposición de

costas al allanado ha de ser probada a fin de que el juez pueda apreciarla, y razonándola debidamente, condene al demandado al pago de las costas causadas. La carga de esta prueba, corresponde al actor.

De todo lo dicho cabe concluir, que aunque no lo diga expresamente el Código, al contrario que en el caso del desistimiento o la satisfacción extraprocesal, el actor no tiene por qué aquietarse a la consecuencia del allanamiento de poner fin al proceso. Por el contrario la petición por parte de la parte actora de la continuación del juicio por las costas, debe estimarse posible en todos aquellos supuestos en los que el allanado no se conforme expresamente con la condena en costas que se solicita en la demanda, con la finalidad de que se pueda debatir y probar si existió o no mala fe por parte del demandado. De no hacerse esta solicitud las únicas pruebas que pueden tenerse en cuenta son las aportadas con el escrito de demanda.

F.- Transacción.- En la doctrina española se ha definido usualmente la transacción, a la vista del artículo 1.809 del Código Civil, como un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Por tanto se trata de un negocio jurídico bilateral, mediante el que las partes sacrifican recíprocamente intereses implicados en una situación litigiosa, con la causa de extinguir ese estado de litigiosidad., como señala ORTELLS RAMOS⁶¹.

Regula el Código esta institución en los artículos 486 y 487 CPC. En el primero de ellos no define la institución, sino que se limita a calificarlo de acuerdo o convenio sobre la pretensión procesal, si bien de su regulación resulta también la necesidad de que su finalidad sea poner fin al proceso. Así resulta del artículo 486.2 que habla del “litigio al que se pretenda poner fin” y del apartado 4 que establece como efecto primordial del auto que se dicte la terminación del proceso con el archivo del actuado.

Dicho acuerdo requiere la homologación del juzgado, pero solo en orden a verificar que lo convenido no implica fraude de ley, abuso de derecho o perjuicio de tercero. Naturalmente la transacción solo puede versar sobre derechos que estén dentro del ámbito de disposición de las partes. Fuera de estos extremos el juez no puede denegar la homologación.

Finalmente, al tener una naturaleza contractual, se permite expresamente impugnar el acuerdo por los causas que invalidan los contratos en el artículo 487. Se declara la competencia a estos efectos del juzgado o tribunal que la ha homologado y la legitimación no solo de quienes han suscrito el acuerdo a quienes afecte o pudieran sufrir perjuicio por el mismo.

No se entiende muy bien sin embargo el plazo de caducidad de quince días para interponer la impugnación que establece el artículo 486.2 *in fine*. En primer lugar, no existe audiencia alguna, por lo que habrá que interpretar que el plazo se cuenta desde que se notifica el auto de homologación; en segundo este plazo hace imposible en la práctica la impugnación a los terceros perjudicados; finalmente es un plazo excesivamente breve a la vista de la complejidad que pueden revestir las causas de impugnación de la validez de los contratos y de la trascendencia que puede tener lo acordado. La justificación de tan breve plazo está indudablemente en el hecho es permitir la firmeza del auto para poder llevar a cabo la ejecución de la transacción.

Los trámites serán los establecidos por el Código, entiendo por tanto, que a través del proceso declarativo que le corresponda por la cuantía o la materia. Si este prospera la solución no puede ser otra que la nulidad del auto de archivo y la reanudación del procedimiento.

Finalmente el artículo 488 otorga a la transacción la consideración de título de ejecución y puede llevarse a efecto por los trámites de ejecución de sentencia regulados en el Código.

G.- Abandono del proceso.- Es el nombre que toma actualmente la caducidad de la instancia. Mientras que en la regulación anterior lo relevante era el efecto, el Código pone el acento sobre la causa. La mera paralización del proceso no basta, sino que es preciso que sea imputable al deseo de las partes de no seguir. Por tanto esta forma de terminación del proceso pasa a ser una manifestación del poder de disposición de las partes sobre el proceso, o más bien del actor, porque evidentemente será el abandono de este y no del demandado el que pone término al proceso, ya que es el actor en principio el que insta el proceso y el que está interesado en la satisfacción de su pretensión.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, se marcó como objetivo acabar con una situación histórica en la que los pleitos, al no caducar nunca, podían prolongarse incluso cien años (por ejemplo, el pleito que enfrentó a Colón con la Corona española sobre determinadas cuestiones en relación con las propiedades de las Indias). En principio la base de esa regulación era la mera paralización del proceso, lo que tiene pleno sentido en un proceso en que el impulso de las actuaciones corresponde a las partes, de manera que estas son las que

⁶¹ ORTELL RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, vol. II-1º, pág. 343.

tienen que pedir el avance del proceso en sus distintas fases y lo deben hacer con cierta limitación temporal, puesto que en caso contrario se produce la caducidad de la instancia.

Sin embargo tal regulación deja de tener sentido cuando se establece el impulso de oficio que se recoge en el artículo 167 CPC, conforme al cual, salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias. Por otro lado el principio de preclusión que ya hemos estudiado determinado que en caso de que a la parte le corresponda una actuación y no la haga, el único efecto es la pérdida de la oportunidad de hacerlo, pero no la paralización del procedimiento.

Por tanto la extinción del proceso por abandono de las partes queda reducida a aquéllos casos en que siendo precisa, una actividad procesal del actor que no puede ser suplida por el impulso de oficio, esta no se produce haciendo imposible la continuación del proceso. Resulta sin embargo difícil una actividad procesal que reúna esas condiciones y que no tenga su propia consecuencia establecida en la ley en orden a la inmediata terminación del proceso de no llevarse a cabo (por ejemplo, en caso de no integrar el litisconsorcio pasivo necesario).

En realidad el único supuesto que podría dar lugar a la caducidad procesal es el regulado en el artículo 168 CPC, precisamente a continuación del artículo dedicado al impulso procesal, precepto que permite la suspensión del proceso por acuerdo entre las partes. El plazo de suspensión puede ser libremente establecido por las partes y cualquiera de ellas puede instar en cualquier momento la reanudación del procedimiento. Pero si ninguna en un plazo máximo de cinco días después de expirado el plazo acordado, se archivará provisionalmente el expediente que quedará en ese estado pendiente de que se solicite su continuación o se produzca la caducidad de la instancia. Curiosamente se utiliza la terminología anterior y se olvida el legislador que lo que regula ahora es el abandono del proceso. Es decir que este precepto debería decir “o transcurran los plazos establecidos para considerar abandonado el proceso”. Llama la atención la falta de fijación de un plazo límite, que teóricamente podría permitir un acuerdo de suspensión de cien años. Podrían aplicarse por analogía los plazos máximos que establece el artículo 489, de forma que el proceso podría estar suspendido por plazo máximo de un año, a partir del cual y en otro año se produciría la caducidad en la primera instancia. Apunto esta idea porque no parece que sea muy conforme con los principios que inspiran el Código un proceso de duración casi indefinida por esta vía de la suspensión. Plantea dudas por este mismo motivo el que sea permisible una sucesión encadenada de sus pensiones que dilaten más allá de lo razonable el procedimiento.

A la vista de todo ello no parece que tenga mucho sentido

La institución se encuentra regulada en los artículos 489 a 493, limitando la institución a la fase declarativa, ya que el artículo 490 la excluye en materia de ejecución forzosa, la cual, de forma razonable a mi entender, solo debe quedar limitada por la vida del derecho que en la resolución firme y ejecutable se reconoce.

a) Falta de justificación del abandono.- Para que la paralización de lugar a la declaración de abandono es preciso en primer lugar que no esté justificada. El artículo 490 no considera que pueda apreciarse abandono cuando se deba a una causa contraria a la voluntad de las partes o interesados, y cita en tal sentido y a título de ejemplo:

- La fuerza mayor, es decir una causa irresistible por lo que no es imputable a las partes su falta de superación.

-. Un acuerdo aprobado de las partes aprobado judicialmente. No parece que se refiera al acuerdo de suspensión del artículo 168 que no necesita aprobación judicial. Ni a una transacción que pone fin al procedimiento. Por tanto resulta difícil imaginar un acuerdo que requiera aprobación judicial y que solo suspenda el procedimiento.

-. Una paralización imputable al tribunal, es decir, cuando el tribunal no cumple la obligación que tiene de dar impulso de oficio al proceso.

b) Transcurso de los plazos.- Los establece el artículo 489 y son de un año para la primera instancia y seis meses para la segunda o la casación, plazos que se empiezan a computar desde la última actuación procesal o desde la última notificación efectuada a las partes.

Declaración, efectos e impugnación.- El abandono se declarará por medio de auto, de oficio o a petición de parte o de tercero legitimado. Contendrá condena en costas a la parte que hubiere dado lugar a esta declaración, conforme a las reglas generales. La remisión a las reglas generales resulta confusa ya que el criterio del vencimiento, en que se basan esas reglas, parece aquí de difícil aplicación. Parece que el criterio que habrá que tener en cuenta es quien ha sido el causante de la paralización, es decir, a quien se debe imputar el abandono. Si este tiene su causa en un acuerdo de suspensión entre las partes, entonces el abandono es imputable a ambas partes y no puede haber condena en costas.

En la primera instancia el efecto es el cese inmediato de todas las resoluciones dictadas en el proceso, incluidas desde luego las medidas cautelares, y el sobreseimiento y archivo del mismo.

En la segunda instancia y la casación, el efecto no es otro que la firmeza de la resolución recurrida y la devolución de los autos al juzgado con la certificación correspondiente.

Prevé la ley que notificado el auto a las partes afectadas, estas puedan impugnarla en el plazo de cinco días basándose en alguna de las causas de justificación que hemos visto, a las que el artículo 494 que regula esta impugnación añade el “error en el cómputo”. Desde luego tal error no puede presumirse, sino que deberá ser demostrado y en mi opinión, además, cabe exigir que merezca la calificación de invencible, es decir, que se haya cometido a pesar de haber empleado la parte la diligencia que le era exigible.

El tribunal convocará una comparecencia, a las que deberán acudir las partes con las pruebas de que intenten valerse, tras lo cual se dictará un auto apelable, confirmando el abandono o estimando la impugnación y acordando la continuación del proceso.

TERCERA PARTE

ESPECIALIDADES DEL PROCESO ORDINARIO

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 494 CPC establece que todas las demandas en las que se interponga alguna o algunas de las pretensiones reguladas en el capítulo que encabeza, habrán de tramitarse por los cauces del proceso ordinario. Estas pretensiones no son otras que las que ya se enumeraban en el artículo 399. La única novedad que añade es determinar que tales materias quedarán afectadas con las especialidades que para cada una de ellas se prevén en dicho capítulo.

En realidad la tramitación del proceso ordinario propiamente dicho apenas queda afectada por las citadas especialidades. En estos preceptos se delimitan las pretensiones que se pueden llevar a cabo, los titulares de las mismas y el plazo para ejercitarlas, lo que más bien sería materia de las leyes reguladoras de los respectivos derechos.

En otras ocasiones se regulan especialidades en materia de diligencias preparatorias, requisitos previos a la interposición de la demanda y documentos que deben acompañarse a los mismos, medidas cautelares, así como algunas especialidades en cuanto a

la carga de la prueba y valoración de la misma y al contenido de la sentencia y en materia de recursos.

En definitiva, más que especialidades de tramitación del proceso ordinario, prácticamente solo en la materia de pretensiones colectivas se regula alguna especialidad de la audiencia preliminar, debe hablarse de especialidades de la materia que afectan al ejercicio de la pretensión en muy diversos aspectos sustantivos y procesales que se agrupan en cada una de las secciones del capítulo si otro propósito, loable por otra parte, de facilitar el conocimiento y manejo de estos procesos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 optó por el contrario por introducir las especialidades no por materias, sino por secciones afectadas. Es decir a la hora de regular los recursos se establecían todas las especialidades en esa materia, las de la sentencia en la regulación de la misma y así sucesivamente. Ello provoca una dispersión normativa que hace difícil conocer todas las especialidades que afectan a una determinada materia.

La principal crítica que merece el Código, además de introducir aspectos sustantivos en una ley de procedimiento, es que no sistematiza ni simplifica adecuadamente las especialidades. En el Anexo I del dictamen, sobre los aspectos técnicos del proyecto dictaminado, se reconoce esta dificultad cuando se dice que no se ha podido proporcionar una visión realmente simplificada de los procesos especiales, a pesar de haber reducido al mínimo los cauces procedimentales, lo que como se ha indicado es cierto ya que las alteraciones del proceso ordinario son mínimas.

II. TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y HONORÍFICOS

A) Objeto.- Viene definido en el artículo 495 y conforme al mismo, a través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela de los derechos honoríficos de la persona, las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establecido en la Constitución.

B) Especialidades.- Las especialidades de este procedimiento se refieren a la legitimación, prescripción, contenido de la sentencia en orden a las indemnizaciones y prohibición de ejecución provisional.

1.- Legitimación.- Son dos las especialidades que se contemplan en esta materia. De un lado se establece en el artículo 497 la legitimación extraordinaria del Ministerio Fiscal, que será siempre parte en estos procesos, en razón de ser una materia en la que se discuten materias de interés público, cual es la defensa de derechos fundamentales.

En segundo lugar se regula específicamente el supuesto de que el titular del derecho haya fallecido sin haber podido interponer por si o por representante legal la pretensión, para cuyo supuesto el artículo 496 establece el siguiente orden:

- i) La persona designada en testamento a tal efecto, sea persona física o jurídica. Si son varias, cualquiera de ellas.
- ii) En su defecto, por falta de designación o fallecimiento a su vez, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen a la fecha de su fallecimiento. Al igual que en el caso anterior, cualquiera de ellos, sin preferencias ni exclusiones.

2.- Prescripción.- Se establece un plazo especial de prescripción en el artículo 498 para estas acciones que es el de cuatro años desde que la demanda pudo interponerse, sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes especiales.

3.- Sentencia.- En orden al contenido de la sentencia, se establece una presunción de la existencia del perjuicio en el artículo 499, una vez que quede acreditado la intromisión ilegítima en el derecho protegido.

Naturalmente si se han producido perjuicios materiales, las reglas para la acreditación de los mismos son las generales. Habrá que acreditar su realidad y cuantía. No obstante, aunque no haya perjuicio materiales, siempre habrá un daño moral, y dada la dificultad que conlleva su valoración, se establecen una serie de criterios orientativos, que de todas formas son muy genéricos. Así el artículo 499.2 señala: “La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya difundido, fijándose proporcionalmente en la sentencia el grado de afectación. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

Podemos resumir estos criterios de la siguiente manera:

- a) La gravedad de la lesión, para lo que será relevante tomar en cuenta las circunstancias del caso

- b) La difusión o audiencia del medio a través del que se haya difundido la intromisión ilegítima.
- c) El beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

4.- Ejecución provisional.- El artículo 500 prohíbe la ejecución provisional, salvo “los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionados con lo que sea objeto principal del proceso”.

III. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

1.- Objeto.- Viene regulado en el artículo 501 en el cual se establece que “A través del juicio ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte impugne acuerdos sociales adoptados por juntas o asambleas generales o especiales de socios, o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en sociedades mercantiles”.

2.- Causas de impugnación.- Las demandas que se planteen en estos procesos solo pueden estar basadas en una de las causas tasadas que se recogen en los artículos 502, 503 y 504 y 505 CPC, artículos que con una innecesaria extensión regulan la materia, y que podemos sistematizar de la siguiente manera:

a) Causas de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas, de las sociedades de responsabilidad limitada y de las cooperativas.- Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas, asambleas y consejos de las sociedades o de las juntas directivas del organismo rector de las cooperativas y de las asambleas generales de los cooperativistas que:

- i) sean contrarios a la ley
- ii) se opongan a los estatutos
- iii) lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o cooperativistas o de terceros los intereses de la sociedad o de la cooperativa.

Son nulos los acuerdos contrarios a la ley y anulables los demás. Sin embargo, no se admitirá la impugnación cuando el acuerdo haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Es más, si fuere posible la subsanación del defecto causante de la nulidad, el juez deberá otorgar un plazo razonable para ello. No especifica la ley cuando habrá de

hacerlo. Lo lógico es que lo haga en la audiencia preliminar, una vez que se conozca la contestación a la demanda y haya oído a las partes sobre este extremo.

Aunque los apartados 1 y 2 del artículo 504.1 distinguen entre los acuerdos del organismo rector, limitándose a decir que pueden ser nulos o anulables, y los de la asamblea general de cooperativistas, considero que ello se debe a una mala redacción del artículo y que en realidad las causas de impugnación son aplicables a ambos por razones lógicas y sistemáticas que parecen obvias.

b) Caducidad.- Aunque los apartados 2 y 3 del artículo 504 parecen formular una regla general en materia de caducidad, en realidad solo son aplicables a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, ya que en esta materia el artículo 504 establece reglas especiales con respecto a las cooperativas, salvo quizás en lo relativo a los acuerdos contrarios al orden público, ya que al no existir regla especial en el artículo 504, debe entenderse también aplicable a las cooperativas. Podemos pues establecer las siguientes reglas en materia de caducidad:

i) Carecen de plazo de caducidad los acuerdos nulos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.

ii) Los demás acuerdos nulos podrán ser impugnados:

1.- Sociedades: 1 año.

2.- Cooperativas:

- 2 meses si el impugnante es miembro de la junta directiva

- 1 año si no es miembro de la junta directiva

iii) Los acuerdos anulables podrán ser impugnados:

1.- Sociedades: 40 días

2.- Cooperativas:

- 1 mes si el impugnante es miembro de la junta directiva

- 1 año si no es miembro de la junta directiva

En cuanto a los acuerdos anulables de las cooperativas, puede plantear ciertas dudas la aplicación del apartado 3 del artículo 505 (40 días), dada la pretensión generalista que expresa el apartado 2 del que es continuación. No obstante los apartados 1 y 2 del artículo 504 parecen claros a la hora de establecer los mismos plazos de caducidad para las acciones con independencia de que se dirijan contra actos nulos o anulables en el caso de que la acción se ejercite por una persona no perteneciente a la junta directiva, haciendo sin embargo esa distinción en el caso contrario. Por esta razón opto por entender que, a pesar de la dicción del

artículo 505.2, los plazos contemplados en este artículo solo son aplicables a las sociedades, pero no a las cooperativas que tienen su propia regulación al respecto en el artículo 504.

3.- Especialidades.- Las especialidades en esta materia se refieren a la legitimación, documentación que ha de acompañarse a la demanda, acumulación, medidas cautelares y eficacia de la sentencia.

A) Legitimación.- Se regulan en esta materia la legitimación activa, la pasiva y la posibilidad de intervención adhesiva.

a) **Legitimación activa**.- El artículo 506 distingue entre sociedades y cooperativas, y dentro de cada una que los acuerdos sean nulos o anulables:

- *Acuerdos nulos de sociedades*: tienen legitimación todos los socios, los administradores comisarios y cualquier tercero que acredite interés legítimo.

- *Acuerdos anulables de sociedades*: tienen legitimación los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición, los ausentes, los que hubiesen sido privados de voto ilegítimamente, los administradores y cualquiera que acredite tener interés legítimo.

- *Acuerdos nulos de órganos de cooperativas*: todos los socios, incluso los miembros del consejo rector que hubiesen votado a favor del acuerdo y los que se hubiesen abstenido.

- *Acuerdos anulables de órganos de cooperativas*.- Solo los miembros del consejo que hubiesen hecho constar su voto en contra, los ausentes, los que hubiesen sido privados ilegítimamente de su voto, los interventores y el 5% de los socios.

- *Acuerdos nulos y anulables de la asamblea general*.- Tras exponer la legitimación para impugnar los acuerdos de los órganos el apartado 3 del artículo 506 determina que “en lo demás aspectos, se ajustará al procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos de la asamblea general”. No entiendo esta oscura frase dado que ninguna regulación se contiene sobre la impugnación de los acuerdos de la asamblea general, salvo las causas y caducidad que ya hemos visto y que también se regulan para las decisiones del órgano rector. Habrá que estar a la legislación específica de cooperativas o aplicar por analogía lo dispuesto para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en los apartados 1 y 2 del artículo 506.

b) **Legitimación pasiva**.- Solo está legitimada pasivamente la sociedad, que deberá estar representada por las personas a quien legal o estatutariamente corresponda. Si esta representación corresponde al actor, entonces la representación

corresponderá a quien designe la junta y si esta no lo ha hecho, el juez, a los efectos del proceso, designará una persona entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo.

c) ***Intervención adhesiva.***- Junto a la sociedad podrán personarse a su costas los accionistas que hubiesen votado a favor del acuerdo para defender su validez, aún cuando, lógicamente conforme a lo dicho, la demanda no se dirige ni puede dirigirse contra ellos.

B) **Documentos especiales.**- Exige el artículo 507.4 que se acompañe a la demanda una certificación acreditativa de que los títulos han sido depositados ante notario o en una institución de crédito, que es la forma que establece la ley para acreditar la condición de accionista y parte de la sociedad que tiene. También deberán acompañar los demás documentos necesarios que acrediten que cumplen las condiciones precisas para hacer efectivos los derechos sociales. Estos títulos se devolverán una vez concluido el proceso.

C) **Acumulación de pretensiones.**- Establece el artículo 508 la acumulación de oficio de todas aquéllas demandas que pretendan la declaración de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma junta o asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado y que se presenten dentro de los cuarenta días siguientes a aquél en que se hubiera presentado la primera, las cuales corresponderán, caso de haber más de un juzgado, al que hubiere correspondido conocer de la primera.

Transcurrido este plazo, cabrá obviamente también la acumulación, pero ya sometida a las reglas generales al respecto. En caso de que esta no sea posible, el proceso ya iniciado originará litispendencia en los siguientes.

D) **Medidas cautelares.**- Se prevé como medida cautelar específica la de suspensión del acuerdo, sin perjuicio de otras que se puedan pedir y adoptar, previa caución suficiente de la parte actora.

E) **Sentencia.**- La sentencia produce efecto frente a todos los socios, pero no frente a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado. Ello lo establece el artículo 510.1 dado que otro modo la seguridad del tráfico se vería seriamente afectado, dado que los terceros no pueden conocer las cuestiones y diferencias internas de una sociedad.

Para evitar que el acuerdo siga produciendo en el tráfico efectos frente a terceros se prevé la publicación de la sentencia, dejando su determinación para la ley, y si el acuerdo ha sido inscrito en algún registro, deberá acordarse la cancelación de la inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

IV. COMPETENCIA DESLEAL

1.- Objeto.- Dice el artículo 511 que A través del juicio ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela frente a competencia desleal, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame.

2.- Diligencias preparatorias.- El artículo 515 permite específicamente a quien pretenda interponer una pretensión de competencia desleal solicitar del juez la práctica de diligencias preparatorias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio, y de la persona o personas que realizaron el acto de competencia desleal.

Más concretamente en el apartado 2 de este artículo se autoriza preparar el juicio mediante la petición de la exhibición o aseguramiento de todos los objetos que acrediten la competencia desleal, siempre que se otorgue la caución correspondiente.

3.- Especialidades.- Las especialidades en esta materia hacen referencia al contenido de la demanda en orden a las pretensiones que se pueden ejercitar, a la legitimación, medidas cautelares, prescripción y la prueba.

A) Demanda.- Las pretensiones que se pueden ejercitar vienen delimitadas en el artículo 512 CPC:

“Contra el acto de competencia desleal podrán interponerse las siguientes pretensiones:

1. La de declaración de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste.

2. La de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.

3. La de remoción de los efectos producidos por el acto.

4. La de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5. La de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.

6. *La de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.*”

B) Legitimación.- Se establecen reglas especiales para la legitimación activa y pasiva.

a) **Legitimación activa**.- En cuanto a las cinco primeras pretensiones del artículo 512, el artículo 513 otorga legitimación a cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal.

Sin embargo, la pretensión de enriquecimiento injusto solo puede ejercerse por el titular de la posición jurídica violada, lo que tiene una base obvia, ya que sólo a su costa se ha producido ese enriquecimiento y no a costas de los demás personas a quien sin embargo si puede haber perjudicado el acto desleal

Se regulan finalmente dos casos de legitimación especial:

- i) Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros. Entiendo que es redundante el apartado 4 del artículo 513 con respecto a esta legitimación recogida en el apartado 3 a), a pesar de la distinta terminología, que añade únicamente la, en mi opinión, innecesaria precisión de que en el caso de quedar afectado un grupo profesional, la legitimación de la asociación profesional o Cámara de Comercio no impide la de los directamente afectados.
- ii) Las asociaciones, que según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor, en cuyo caso la legitimación queda subordinada a que el acto de competencia desleal afecte directamente a los intereses de los consumidores.

b) **Legitimación pasiva**.- Se diferencia en el artículo 514 entre las cinco primeras pretensiones del artículo 512, que pueden ser ejercidas contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización, y la de enriquecimiento injusto, que solo podrá dirigirse contra quien, además, sea beneficiario del enriquecimiento.

En el apartado 2 del artículo 514 regula el supuesto de que el acto de competencia desleal sea llevado a cabo por empleados o colaboradores que actúan en virtud obligaciones concertadas contractualmente, en cuyo caso la acción relativa a las cuatro primeras pretensiones del artículo 512 deberá dirigirse contra el principal. Las dos últimas, resarcimiento de daños y enriquecimiento injusto, contra quien resulte responsable de esos actos conforme a lo dispuesto por las normas de Derecho privado.

C) Medidas cautelares.- Se regulan en el artículo 519, conforme al cual cabe pedir por persona legitimada, bajo su responsabilidad, y acreditando la existencia de indicios, la cesación provisional del acto ilícito, o la prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo, así como otras medidas cautelares que resulten pertinentes.

Igualmente en el apartado 2 se permiten adoptar medidas cautelares para impedir las consecuencias de los actos ilícitos y para evitar la repetición de los mismos.

El Código otorga a estas medidas carácter preferente y permite, en el caso de existir peligro grave e inminente que se adopten sin oír a la parte contraria, debiendo dictarse en este caso en el plazo de 24 horas desde el momento en que se presente la solicitud.

Establece finalmente dos normas sobre competencia, otorgándola, antes de la demanda, al Juez donde produzca o pueda producir sus efectos el acto. Si se piden con la demanda la competencia será del juez a quien corresponda conocer de la misma.

D) Prescripción.- El artículo 516 establece un plazo de prescripción de cinco años desde el momento en que pudieron interponerse las pretensiones y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal. Es decir, deben concurrir estas dos condiciones, la comisión del acto y el conocimiento de la persona que lo cometió para que empiece a correr la prescripción.

E) Prueba.- En materia de prueba se establecen reglas especiales en materia de la carga de la prueba cuando nos encontramos ante demandas en que la competencia desleal se lleva a cabo a través de publicidad engañosa o denigrante.

a) **Carga de la prueba**. El artículo 517 hace recaer la carga de la prueba en los supuestos de publicidad engañosa de la veracidad de lo publicitado en el demandado. Literalmente dice al respecto que “En los procesos sobre competencia desleal corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente”. Es una presunción razonable que quien ha dado publicidad a unas determinadas manifestaciones esté en condiciones de acreditar las mismas. Todo ello

naturalmente salvo que no exista una disposición legal especial que establezca reglas especiales en esta materia sobre la carga de probar los hechos relevantes.

b) **Obligación de aportar la prueba.** Además de hacer recaer sobre el demandado, salvo excepciones legales especiales, la carga de probar la veracidad de su publicidad, cuando se trate de actos de engaño, de denigración, de agresión o de comparación, en materia de competencia desleal, el artículo 518.1 llega aún más lejos, puesto que específicamente autoriza al juez de oficio para requerir al demandado para que aporte las pruebas relativas a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas y si no lo hace podrá estimar que las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas son inexactas o falsas. En realidad parece un precepto un poco redundante, dado que establecido en el precepto anterior la carga de la prueba, es obvio que de no cumplirla la sanción por aplicación de las reglas generales es la de tener por acreditado el hecho afirmado en la demanda. No obstante mediante esta intervención del juez, ya no cabe duda alguna que esa es la consecuencia de no aportar prueba sobre esos extremos.

c) **Presunción de dolo.**- Esta presunción viene establecida en el artículo 518.3 y refuerza aún más el rigor con que el legislador quiere perseguir estas conductas, puesto que considera dolosa, sin que valga prueba en contrario, la repetición después de la sentencia que ordene su cesación de los actos de competencia desleal. En rigor no se trata por tanto no es un precepto que tenga valor en el proceso en el que se ha dictado sentencia, sino que produce sus efectos en otros procedimientos y en otros ámbitos con posterioridad al procedimiento.

V. PROPIEDAD INDUSTRIAL

1.- Objeto.- Establece el artículo 520 CPC que a través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que una parte exija la tutela de derechos en materia de propiedad industrial, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame.

2.- Pretensiones.- Las peticiones que se pueden hacer en la demanda en esta materia se enumeran en los artículos 521, 522 y 523 CPC según se trate de derecho de patentes, , signos distintivos o diseño industrial.

A) **Patentes.**- Están reguladas en el artículo 521 que literalmente dice:

1. El titular de una patente podrá interponer ante los Juzgados de Letras las pretensiones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza, contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia.

2. El titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar:

a). La cesación de los actos que violen su derecho.

b). La pretensión de reivindicación de su derecho a fin de que le sea transferida la solicitud en trámite o el título o registro concedido.

c). La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

d). El embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado.

e). La atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el numeral anterior cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular de la patente deberá compensar a la otra parte por el exceso.

f). La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en esta Sección, o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente.

3. Cualquier interesado podrá interponer una pretensión contra el titular de un derecho de propiedad industrial para que el juez competente declare que una actuación determinada no constituye una violación de esa patente.

B) Signos distintivos.- Están reguladas en el artículo 522 cuyo contenido es el siguiente:

1. El titular cuyo derecho de signos distintivos sea lesionado podrá reclamar y solicitar en la vía civil:

a). La cesación de los actos que violen su derecho.

b). La pretensión de reivindicación de su derecho a fin de que le sea transferida la solicitud en trámite o el título o registro concedido.

c). La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

d). La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca.

e). La destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, a elección del actor, y a costa siempre del condenado, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el órgano jurisdiccional.

2. Cuando el titular de una marca, que lleve al menos cinco (5) años registrada en el momento de presentar la demanda, interponga frente a un tercero, por medio de alguna de las pretensiones previstas en el numeral 1, los derechos conferidos por la Ley de Propiedad Industrial, deberá probar, si así lo solicita el demandado por vía de excepción, que, en el curso de los cinco (5) años anteriores a la fecha de presentación de la demanda, la marca ha sido objeto de un uso efectivo y real para los productos o servicios para los que esté registrada y en los que se basa la demanda, o que existen causas justificativas de la falta de uso. A estos efectos, la marca se considerará registrada solamente para los productos o servicios para los que haya sido realmente utilizada.

3. El demandado podrá asimismo interponer, por vía de reconvención, la pretensión de declaración de caducidad por falta de uso de la marca del actor.

4. Respecto a los demás signos distintivos se observaran estas mismas disposiciones en lo que fuere aplicable.

C) Diseño industrial.- Las pretensiones que se pueden interponer en materia de diseño industrial serán las prevenidas en el artículo 523, concretamente:

1. De reivindicación de la titularidad del diseño solicitado o registrado.
2. De cesación de los actos que violen los derechos del titular del diseño.
3. De indemnización de daños y perjuicios sufridos.

3.- Conciliación previa especial.- El artículo 525 exige como requisito previo a la interposición de la demanda cuando se trate de invenciones laborales que se someta la cuestión a conciliación ante el Registro de la Propiedad Industrial, el cual tiene un plazo de dos meses para responder con una propuesta que las partes deberán aceptar o rechazar en quince días, entendiéndose el silencio como aceptación.

De no haber acuerdo, a la demanda se deberá acompañar certificación del director del Registro de la Propiedad Industrial relativa a la falta de acuerdo por alguna de las partes. No se regula en el precepto que ocurre en el caso de que el Registro de la Propiedad Industrial no respete el plazo para resolver, lo que plantea dudas de si transcurrido ese plazo podrá presentarse la demanda acreditando la presentación de la conciliación y la falta de propuesta en dos meses. De no admitirse ello nos encontraríamos con un impedimento para acceder a la jurisdicción que podría prolongarse indefinidamente, provocando dilaciones indebidas, lo que me parece contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

4.- Diligencias preparatorias.- Se encuentran reguladas en el artículo 526. Dada la complejidad fáctica que en muchas ocasiones se da en las infracciones del derecho de propiedad industrial, el Código permite que antes de interponer la demanda se pueda pedir al juez la comprobación de los hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente.

No obstante, dado el peligro de que por esta vía se puedan violar secretos industriales o realizar actos de competencia desleal, se exigen una serie de requisitos. En primer lugar el juez habrá de hacer una valoración sobre la presunción de la violación de la patente y la imposibilidad de comprobar la realidad sin las diligencias solicitadas. Es decir ha de hacer un juicio de apariencia de buen derecho de la pretensión y de la necesidad de realizar las diligencias para poder interponer la demanda.

Si el juez considera suficientemente fundada la petición, acordará una diligencia de comprobación, es decir una investigación que llevará a cabo personalmente, con intervención de peritos y previa audiencia de la persona con quien se entienda la diligencia, así como de caución suficiente por parte del peticionario para responder de los daños y perjuicios, pero sin intervención de esta para preservar precisamente violación de secretos industriales o aprovechamiento del conocimiento que aporte la diligencia para llevar a cabo actos de competencia desleal. Tal investigación versará sobre si las máquinas, instrumentos y accesorios, dispositivos o instalaciones pueden servir para llevar a cabo la violación alegada de la patente.

Si llega a una conclusión negativa, incluirá las actuaciones en una pieza separada secreta, a la que no tendrá acceso el peticionario, a quien simplemente se le notificará el resultado negativo de la diligencia.

Si llega a una conclusión afirmativa, realizará una detallada descripción de lo examinado, de la que se dará traslado al peticionario para que pueda formular su demanda. Entiendo que es de aplicación el artículo 405.2 CPC con respecto a la obligación del peticionario de presentar la demanda en el plazo de un mes, transcurrido el cual no podrán ser invocadas. Además, en el caso de que no se presente la demanda en ese plazo, el afectado podrá solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que haya podido ocasionarle las diligencias de comprobación.

5.- Especialidades.- Además de la ya citada de presentar con la demanda una certificación de haberse intentado el acto de conciliación, se contienen reglas especiales sobre prescripción (artículo 529), legitimación (artículo 524), medidas cautelares (artículo 527), sentencia (artículos 528.1 y 530), y ejecución provisional (artículo 528.2).

A) Prescripción.- Las pretensiones civiles derivadas de la violación del derecho de patente, del derecho de marca y del derecho de diseño industrial, prescriben a los cinco años desde el día que pudieron interponerse.

Por otra parte la indemnización de daños y perjuicios sólo puede solicitarse con respecto a los cinco años anteriores a la fecha en que se ejercite la correspondiente pretensión.

B) Legitimación.- En este orden regula el Código la legitimación del licenciatario de una patente y la legitimación para la pretensión de nulidad o caducidad del registro de la marca.

a) **Licenciatario de una patente**.- Se presume su legitimación si tiene la exclusividad, y se deniega para los que no la tengan, naturalmente salvo pacto expreso en contrario.

El licenciatario que no tenga la legitimación, bien por no tener exclusividad, bien por existir pacto en contrario, podrá sin embargo adquirirla requiriendo notarialmente al titular para que ejercite la acción, si este se niega o no lo hace en el plazo de tres meses, acompañando a la demanda el requerimiento efectuado y notificándosele al titular, que podrá personarse e intervenir en el procedimiento. Mientras que transcurre ese plazo sí estará legitimado para pedir medidas cautelares urgentes para evitar un daño importante, previa presentación del requerimiento.

b) Nulidad o caducidad del registro de la marca.- Para esta pretensión se otorga legitimación a:

i) Los titulares de los derechos afectados por el registro de la marca, o sus causahabientes en los casos previstos en la ley.

ii) Personas naturales o jurídicas que resulten afectadas u ostenten un derecho subjetivo o interés legítimo

iii) Agrupaciones constituidas legalmente para la representación de los intereses de fabricantes, productores, prestadores de servicios, comerciantes o consumidores que resulten afectados u ostenten un interés legítimo.

C) Medidas cautelares.- Se podrán adoptar todas las tendentes a asegurar la efectividad de las pretensiones, pero se exige que se justifique para apreciar la apariencia de buen derecho la explotación industrial del derecho objeto de la pretensión o el desarrollo de unos preparativos serios y efectivos a tales efectos.

En el apartado 2 del artículo 527 se enumeran a título de ejemplo algunas medidas tendentes a asegurar la efectividad del fallo y son las siguientes:

a). La cesación inmediata de los actos que violen el derecho del peticionario.

b). Las medidas necesarias para evitar la continuación o reiteración de la infracción.

c). El secuestro de los objetos producidos o importados con violación de su derecho, y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado.

d). El afianzamiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios.

e). Las anotaciones registrales que procedan.

D) Sentencia.- En cuanto al contenido se fijan una serie de criterios en orden a la determinación de la indemnización y asimismo se dan normas para la publicidad de la sentencia.

a) **Fijación de la indemnización.**- Además de permitir como prueba el exigir al infractor la exhibición de documentos que puedan servir para este fin, se establecen criterios en orden a la determinación de la indemnización correspondiente que deberá respetar la sentencia.

i) Sin necesidad de prueba, le corresponde el 1% del negocio del infractor, salvo que acredite una cantidad mayor conforme a los criterios siguientes.

ii) Los conceptos que comprende la indemnización son

- Las **pérdidas sufridas**

- **Perjuicio causado al prestigio de la marca**, especialmente por realización defectuosa del producto o presentación inadecuada de la marca.

- **Ganancia dejada de obtener**, calculada bien por el beneficio que hubiera obtenido el actor mediante el uso del derecho de no existir la violación, bien por el beneficio obtenido por el demandado, a elección de perjudicado.

iii) Se tendrán en cuenta como circunstancias, entre otras, para fijar el importe

- Notoriedad, renombre y prestigio de la marca

- La de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión, cuando quede afectado el prestigio de la marca.

- Número y clase de licencias concedidas en el momento de comenzar la violación.

b) **Publicidad.**- Si lo pide el actor y el juez podrá ordenar la publicación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado mediante anuncios, inserción en un diario de circulación nacional y notificación a las personas interesadas.

E) **Ejecución provisional.**- No se permite la ejecución provisional de las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de la propiedad industrial. La ejecución provisional podría dar lugar a efectos a favor de terceros irreversibles en caso de una posterior revocación de la sentencia, por lo que en materia de derechos susceptibles de inscripción en un registro público la regla general es que no cabe la ejecución provisional.

VII. PROPIEDAD INTELECTUAL

1.- Objeto.- A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela en materia de propiedad intelectual, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame, según determina el artículo 531 CPC.

2.- Pretensiones.- La delimitación de las pretensiones que se pueden exigir en este procedimiento se lleva a cabo en el artículo 532, conforme al cual podrá el actor podrá pedir el cese de la actividad ilícita y la indemnización de los daños materiales y morales.

A) Cese de la actividad ilícita.- Podrá comprender:

- a). La suspensión de la explotación infractora.
- b). La prohibición al infractor de reanudarla.
- c). La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción. Quedan exceptuados los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal.
- d). La inutilización y, en caso necesario, destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización, no autorizadas, de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de computadora. La medida prevista en este apartado como en el anterior solo podrá utilizarse cuando sean susceptibles de utilización y necesario para impedir la explotación ilícita.
- e). La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada.

B) Indemnización. Comprende dos conceptos:

a) **Perjuicio.**- El perjudicado podrá optar entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la renumeración que hubiere percibido de haber autorizado la explotación. Tales criterios son los que recoge el artículo 532.6. Sin embargo, con una falta de sistemática notable, el artículo 536 reitera la regulación de la indemnización por lucro cesante, añadiendo un tercer criterio, cual es los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción. La elección entre los tres criterios la hará el perjudicado según lo que más le convenga.

b) ***Daño moral.***- Cuando se produce es indemnizable con independencia de la existencia o no de perjuicio, atendiéndose para su valoración a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

3.- Especialidades.- Se regulan especialidades en materia de prescripción, legitimación y medidas cautelares.

A) ***Prescripción.***- El artículo 535 fija el plazo prescriptivo en tres años desde que el legitimado pudo interponerla.

B) ***Legitimación.***- Se regula en el artículo 533 que la otorga a las personas naturales autoras de una obra, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos.

Se regulan especialmente los supuestos de fallecimiento del titular y de la existencia de entidades de gestión.

a) ***Fallecimiento del titular.***- En este caso corresponde a la persona natural o jurídica a quien hubiese designado en el testamento al tal efecto y en su defecto a los herederos.

b) ***Entidades de gestión.***- Se prevé que existan entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, las cuales estarán legitimadas para hacer valer en juicio los derechos confiados a su gestión.

C) ***Medidas cautelares.***- Se permiten, además de las previstas en la legislación especial, todas las necesarias y se enumeran a título de ejemplo las siguientes:

a). La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. Igualmente se podrá solicitar el embargo del producto de los espectáculos teatrales, cinematográficos, filarmónicos o cualquier otro similar.

b). La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación

c). El secuestro temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual, así como el secuestro del material empleado para su producción.

d). El secuestro del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública. En el caso de los programas de ordenador, se podrá acordar el secuestro de los utilizados.

e). El embargo de los equipos, aparatos y materiales.

VI. PUBLICIDAD

1.- Objeto.- A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela en materia de publicidad, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame, según determina el artículo 537 CPC.

2.- Solicitud previa.- Como principal novedad requiere esta materia que antes de presentar la demanda se lleve a cabo una solicitud de cesación o rectificación que debe hacerse por escrito y remitirse de forma que conste fehacientemente su fecha, recepción y contenido.

La cesación podrá ser solicitada mientras se mantenga la actividad publicitaria. Si el comerciante acepta el requerimiento deberá comunicarlo por escrito en el plazo de tres días de forma que quede constancia fehaciente y llevarlo a cabo de forma inmediata.

Si no responde en ese plazo, responde negativamente o la actividad no hubiere cesado, podrá interponerse la demanda.

La rectificación podrá llevarse a cabo hasta cinco días después de cesada la actividad publicitaria. De forma paralela se otorga al anunciante tres días para comunicar de forma fehaciente su respuesta, que de ser positiva y ser aceptada deberá llevar a cabo en el plazo de cinco días.

Si la respuesta es negativa, si no responde en el plazo establecido o si es positiva y no es aceptada, o siendo aceptada no se lleva a cabo en el plazo establecido o en los términos acordados, puede ya plantear demanda el perjudicado.

Dada esta solicitud previa, el Código exime de la necesidad de reclamo administrativo previo cuando el reclamante sea un órgano administrativo o un ente público.

La documentación que acredite haber hecho la solicitud en la forma establecida en el Código deberá acompañarse a la demanda. Es obvio que sin esa documentación la misma no puede ser admitida a trámite.

3.- Especialidades.- Además de la ya mencionada de tener que acompañar a la demanda la documentación que acredite el haber efectuado la solicitud previa de cesación o

rectificación en la forma prevista en la ley, prevé el Código en esta materia especialidades en materia de medidas cautelares, carga de la prueba y contenido de la sentencia.

A) Medidas cautelares.- Vienen reguladas en el artículo 540 que literalmente establece:

“A instancia del demandante, el juez, cuando lo crea conveniente, atendidos todos los intereses implicados y especialmente el interés general, incluso en el caso de no haberse consumado un perjuicio real o de no existir intencionalidad o negligencia por parte del anunciante, podrá, específicamente, con carácter cautelar:

1. Ordenar la cesación provisional de la publicidad ilícita o adoptar las medidas necesarias para obtener tal cesación. Cuando la publicidad haya sido expresamente prohibida o cuando se refiera a productos, bienes, actividades o servicios que puedan generar riesgos graves para la salud o seguridad de las personas, o para su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar y así lo instase el órgano administrativo competente, el juez podrá ordenar la cesación provisional dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la demanda.
2. Prohibir temporalmente dicha publicidad o adoptar las previsiones adecuadas para impedir su difusión, cuando ésta sea inminente, aunque no haya llegado aún a conocimiento del público.”

Se trata por tanto de hacer cesar la publicidad, incluso en el perentorio plazo de 24 horas, cuando ya se esté difundiendo, o prohibirla aunque todavía no haya llegado a conocimiento del público.

B) Carga de la prueba.- De forma similar a como vimos en materia de competencia desleal se hace recaer por el artículo 542 la carga de la prueba de la veracidad y exactitud de lo que se afirma en la publicidad sobre el anunciante, que es quien con su difusión debe asumir la responsabilidad de hacerla recaer sobre hechos ciertos y exactos, nuevamente con la salvedad de que una ley especialmente no establezca criterios especiales en esta materia en relación con la carga de probar los hechos relevantes.

C) Contenido de la sentencia.- Se establece en el artículo 543 el contenido que necesariamente debe tener la sentencia, la cual habrá de hacer al menos alguno de los siguientes pronunciamientos, que son además compatibles entre sí:

- a) Supresión de los elementos ilícitos de la publicidad en un plazo no mayor de cinco días.
- b) Orden de cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita.
- c) Publicación total o parcial de la sentencia, en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante.
- d) Inmediata difusión de la publicidad correctora, siempre que la gravedad lo requiera y que sea útil para reparar el daño, fijando el contenido, modalidad y plazo de difusión.

VII. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

1.- Objeto.- Viene regulado en el artículo 544 CPC, conforme al cual a través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela frente a condiciones generales de contratación contrarias a la ley que no den lugar a demandas colectivas, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame.

2.- Pretensiones.- Las pretensiones vienen reguladas en el artículo 545 y distingue entre las de cesación, retractación y meramente declarativas.

A) Cesación.- Va dirigida a obtener del demandado la eliminación de las cláusulas nulas y a requerirle para que deje de utilizarlas en el futuro, con devolución de las cantidades que, en su caso, hubiese cobrado conforme a las mismas e indemnización de perjuicios por los daños causados que podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

B) Retractación.- En este caso la acción se dirige contra un recomendación que ha efectuado el demandado sobre la utilización de una determinada condición general nula, siempre que haya sido efectivamente utilizada, pudiendo pedirse que se retracte de tal recomendación y que se abstenga de seguir recomendándola en el futuro.

C) Declaración.- Tiene por objeto que se declare que una determinada cláusula es una condición general y que, consecuentemente, se proceda a su inscripción cuando ello sea obligatorio.

3.- Conciliación previa.- En el caso de acciones colectivas que tengan por objeto las citadas pretensiones, facultativamente la actora puede antes de presentar la demanda pedir

una conciliación a una autoridad administrativa competente para que dictamine sobre su adecuación a la ley y sobre la procedencia de la redacción alternativa que en su caso se le someta por las partes. Se establece un plazo de quince días hábiles para ello, pero no está claro si es para presentar la conciliación, lo que no tiene mucho sentido, o para que resuelva la autoridad administrativa que es lo que parece querer decir el artículo 546.

A pesar de la dicción del precepto, parece difícil que, dado el contenido que se otorga a la conciliación, pueda aplicarse a las acciones de mera declaración.

4.- Especialidades.- Se establecen especialidades en materia de prescripción, legitimación y contenido de la sentencia.

A) Prescripción.- Las acciones de cesación y retractación prescriben a los dos años desde que se practicó la inscripción. No obstante, si con posterioridad a ese plazo se dicta una sentencia judicial firme de nulidad o no incorporación como consecuencia de una pretensión individual, podrá ejercitarse la pretensión colectiva en el plazo de un año desde la misma.

La pretensión meramente declarativa es imprescriptible

B) Legitimación.-

a) **Activa.**- Se regula en el artículo 547 y se otorga a las siguientes entidades:

1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
2. Las Cámaras de Comercio e Industria.
3. Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos.
4. La Procuraduría General de la República.
5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.
6. El Ministerio Público.

b) **Pasiva.**- Puede dirigirse la acción individualmente contra las entidades que se enumeran en el artículo 548 o contra varias de ellas, o asociaciones de las mismas, siempre que, en este caso, sean del mismo sector o que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas. Estas entidades podrán ser, según la clase de acción:

1. Acción de cesación. Cualquier empresa o profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas.

2. Acción de retractación. Cualquier empresa o profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.

3. Acción meramente declarativa. Contra cualquier empresa o profesional que utilice las condiciones generales.

C) Sentencia.- Nuevamente se distingue el contenido de la sentencia el artículo 550 según la acción ejercitada de las tres posibles:

1. Acción de cesación.- Impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en este Código o en otras leyes, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Por otra parte, aclarará la eficacia del contrato.

2. Acción de retractación. La sentencia impondrá al demandado la obligación de retractarse de la recomendación efectuada y de abstenerse de su recomendación futura, de aquellas cláusulas de condiciones generales que hayan sido consideradas contrarias a Derecho.

3. Acción meramente declarativa. La sentencia declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación.

VIII. ARRENDAMIENTOS URBANOS O RURALES

1.- Objeto.- Dice el artículo 551 que a través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela sobre cualquier asunto relativo a arrendamientos urbanos o rurales de bienes inmuebles que no esté sometida a las disposiciones de la Ley de Inquilinato.

2.- Recursos.- La única especialidad en esta materia, contenida en el artículo 552, es la relativa a los requisitos para interponer recursos de apelación y de casación de forma que:

a) Para poder interponerlos deberá tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.

b) Se declaran desiertos si durante su sustanciación se dejaren de pagar las rentas que vengán o las que deba pagar por adelantado.

Iguales requisitos se establecen para los procesos en que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario al condominio, precepto que curiosamente se incluye en la sección dedicada al arrendamiento, referidos en este caso al pago de la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria.

En ambos casos es necesario tener cumplido el requisito al preparar el recurso, por lo que no cabe subsanar su ausencia si se pagan o consignan las cantidades con posterioridad a ese momento, es decir, una vez que ya haya transcurrido el plazo para preparar el recurso.

Para facilitar al demandado apelante el cumplimiento de este requisito se permite al arrendatario adelantar o consignar el pago de varios períodos no vencidos, los cuales quedarán sujetos a liquidación y en ningún caso constituirán novación del contrato.

El depósito o consignación, cuando lo permite la ley, podrá tener lugar mediante aval bancario o por cualquier otro medio que, a juicio del órgano jurisdiccional, garantice la inmediata disponibilidad, de la cantidad consignada o depositada. Dados los términos en que se pronuncia el artículo entiendo que no cabe consignación con respecto a las rentas vencidas o que han de pagarse por adelantado, sino solo aquéllas cuyo pago se adelante voluntariamente o las cantidades que deba pagar según la sentencia un propietario al condominio.

IX. RETRACTO

1.- Objeto.- A través del proceso ordinario, según el artículo 553, se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela en materia de retractos legales o convencionales, cualquiera que sea su cuantía, con las especialidades previstas en los artículos siguientes.

2.- Documentos a acompañar a la demanda.- La única especialidad en esta materia es que a la demanda ha de acompañarse necesariamente:

a) Un principio de prueba documental del título en que se funda el retracto.

b) El documento que acredite haber hecho la consignación del precio, si fuere conocido, o haber prestado caución que garantice esa consignación en cuanto sea

conocido, en aquéllos casos en que tal consignación sea exigible por disposición legal o por voluntad de las partes.

Se trata en definitiva de garantizar la seriedad de la acción de retracto antes de dar lugar a la misma, dado su carácter restrictivo de una facultad del propietario, cual es la de disponer libremente de la cosa. Por ello considero que, aunque no lo diga expresamente el precepto, la falta de ese principio de prueba y de la consignación o caución será causa de inadmisión de la demanda.

X. RESPONSABILIDAD DE JUECES, MAGISTRADOS Y MIEMBROS DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.- Objeto.- A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que se exija la responsabilidad por daño civil causado por los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, así como por miembros del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones, según determina el artículo 555 CPC.

2.- Causas.- Vienen establecido en el artículo 556. La responsabilidad surge cuando en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, el juez, magistrado o fiscal causare daños a las partes o a terceros interviniendo dolo o culpa inexcusable. La pretensión de este procedimiento es exclusivamente la reparación de ese daño, por lo que el mismo no impide además el procedimiento disciplinario o penal que merezca para determinar la procedencia de una sanción administrativa o penal. De este modo el artículo 565 establece que, estimada la demanda, una vez firme la sentencia se comunicará al Ministerio Público, para que determine si existen motivos suficientes para exigir responsabilidad criminal y, en su caso, inste y proponga lo que estime conveniente.

Existe dolo en caso de fraude, falsedad o denegación de justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. Es decir, se trata de actos que el juez ha de llevar a cabo necesariamente u omitir con plena conciencia de faltar a sus deberes.

Existe culpa inexcusable cuando cometiera un error grave de derecho o causare indefensión al no decidir sobre los hechos probados por el afectado. La culpa por tanto ha de ser inexcusable, lo que quiere decir que un mero error sin más no da lugar a la obligación de responder civilmente del daño si no tiene la suficiente entidad o gravedad. Errar es de humanos y debe haber una cierta tolerancia con la posibilidad de cometer errores, sin la cual sería

imposible el ejercicio de la función jurisdiccional en condiciones de sosiego y tranquilidad necesarias.

Finalmente, para evitar demandadas infundadas, basadas en ánimo de venganza más que en reales agravios, el artículo 564, permite al tribunal al declararla así imponer al actor una multa de uno a cinco salarios mínimos, en caso de malicia o difusión durante el procedimiento de información sobre el procedimiento que afecte al honor del demandado, sin perjuicio de otras responsabilidades en que hubiere podido incurrir.

3.- Resarcimiento de daños y perjuicios.- Solo permite la indemnización de los perjuicios estimables, entendiendo por tales los que puedan ser apreciados en efectivo, al prudente arbitrio de los órganos jurisdiccionales. Parece que los daños inmateriales o morales quedan excluidos, así como cualquier otro cuya traducción en metálico resulte imposible.

4.- Competencia.- Se atribuye al tribunal jerárquicamente superior al que hubiere incurrido en responsabilidad.

5.- Prescripción.- Sin especificar si se trata de un plazo de caducidad o prescripción, por lo que habrá que inclinarse por esta segunda opción, el artículo 561 establece un plazo de tres meses contados desde que quedó firme la resolución en la que se considera por el perjudicado que se causó el daño

6.- Especialidades.- Las especialidades hacen referencia a la legitimación, a los documentos que han de acompañarse a la demanda, efectos de la sentencia y recursos.

A) Legitimación.- En cuanto a la legitimación **activa**, solo la otorga el artículo 558 al perjudicado o a sus causahabientes.

En orden a la legitimación **pasiva**, el artículo 562 considera que la obligación de responder recae subjetiva y objetivamente sobre el juez, o magistrados, que expidieren las resoluciones causantes del agravio, o del miembro del Ministerio Fiscal infractor, que serán responsables junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentren, sin perjuicio de la acción de repetición que éstos pueden ejercer contra el servidos responsable en los casos de culpa o dolo.

B) Documentos que han de acompañarse a la demanda.- El artículo 559 exige el agotamiento de los recursos, por lo que al interponer la demanda deberá acreditarse haber utilizado todos los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución causante del daño. No basta por tanto que dicha resolución sea firme, sino que es preciso que el perjudicado haya tenido una conducta diligente utilizando todos los recursos posible para evitar el daño cuya indemnización pretende. La forma de acreditarlo serán aportando los documentos a que haya dado lugar esa actividad procesal

Más específicamente el artículo 560 exige que a toda demanda se acompañe certificación o testimonio que contenga:

- a). La sentencia o auto en que se suponga causado el agravio.
- b). Las actuaciones que en concepto de la parte conduzcan a demostrar la infracción de ley, o del trámite o solemnidad mandados observar por la misma bajo pena de nulidad, y que a su tiempo se entablaron los recursos o reclamaciones procedentes.
- c). La sentencia firme que haya puesto término al pleito o causa.

Estos documentos habrán de pedirse al tribunal donde radique la causa, pero si este no los facilitare en diez días, la parte podrá acudir en queja al competente para conocer de la demanda, el cual pedirá al inferior la remisión de la certificación o testimonio en breve plazo o los autos originales, salvo que sean precisos para la ejecución de la sentencia, en cuyo caso podrá optar por pedir copia del expediente.

C) Sentencia.- No se trata de un procedimiento de rescisión de resoluciones firmes, sino de responsabilidad por daños y perjuicios, por lo que el artículo 563.1 aclara que, en ningún caso podrá resolverse sobre la validez de la resolución que produjo el agravio.

Por otra parte se permite que en la demanda el perjudicado se reserve la facultad de pedir una vez dictada sentencia estimatoria la publicación a su costa por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional.

XI. PRETENSIONES COLECTIVAS

1.- Objeto.- De todas las materias que se siguen por el proceso ordinario cualquiera que sea su cuantía, sin duda alguna esa es la que presenta mayor complejidad en razón del gran número de personas que puede integrar el colectivo de afectados y de las dificultades que ello conlleva para configurar correctamente la parte actora, identificar adecuadamente el causante del daño y poder dictar una sentencia condenatoria que abarque todos los perjuicio causados, incluso los de aquéllos que no se han personado en el proceso o que están por identificar. Esta materia constituye realmente una prueba de fuego para los principios tradicionales del proceso civil y su capacidad para adaptarse a las necesidades del

mundo actual. Por ello de todas las materias en las que el Código introduce especialidades dentro del proceso ordinario, quizás esta es la única en que estaría justificada la construcción de un auténtico proceso especial.

El objeto de esta materia viene configurado en el artículo 566 CPC, conforme al cual

“A través del proceso ordinario se conocerán, con las especialidades previstas en los artículos siguientes, las pretensiones de diversas personas frente a uno (1) o varios demandados en materia de:

1. **Intereses o derechos colectivos**, entendiéndose por tales aquellos supra-individuales que afectan a un grupo, categoría o clase cuando los individuos que lo compongan estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, ligados por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común a todos ellos;
2. **Intereses o derechos difusos**, entendiéndose por tales aquellos supraindividuales que afectan a un grupo, categoría o clase cuando los individuos que lo compongan estén indeterminados o sean de difícil determinación, ligados por circunstancias de hecho o vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común a todos ellos;
3. **Intereses o derechos individuales homogéneos**, entendiéndose por tales el conjunto de derechos subjetivos individuales, con un mismo origen, de los que son titulares los miembros de un grupo, categoría o clase, sin existir una relación común a todos ellos.”

Nos encontramos ante una de las materias más complejas del derecho moderno, la cual abarca todos aquellos casos en que la actividad empresarial, en sus más diversas facetas, es capaz de causar perjuicio a un colectivo numeroso de personas a una escala hasta hace muy pocas décadas casi inimaginable.

Las dificultades en este procedimiento versan sobre la configuración de la parte actora por cuanto que normalmente se trata de un gran número de afectados cuya identificación y coordinación no resulta fácil.

2.- Pretensiones.- Están recogidas en el artículo 567 en los siguientes términos:

1. Las entidades y personas legitimadas podrán interponer las pretensiones civiles que consideren convenientes para la defensa de sus asociados y cumplimiento de sus fines o del grupo, categoría o clase a la que pertenecen, respectivamente, incluyendo, especialmente, la acción de cesación para la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

2. Igualmente podrán ejercer las acciones tendentes a la reparación de los daños y perjuicios individualmente sufridos. Para la efectividad de las mismas, se procederá reglamentariamente, a la creación por el Estado de un Fondo de los Derechos Colectivos, Difusos e Individuales Homogéneos.

3. Se podrá interponer una pretensión colectiva pasiva por parte de uno (1) o varios particulares contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, siempre que el bien jurídico tutelable sea supraindividual y esté revestido de interés social.

Aunque la dicción del artículo es poco clara, podemos intentar simplificar el precepto diciendo que se pueden ejercitar pretensiones cuando queden afectados bienes jurídicos supraindividuales y revestidos de interés social, tanto para la protección de esos bienes con carácter abstracto, como para la reparación de los perjuicios concretos que a determinadas personas haya producido su infracción.

3.- Legitimación, capacidad y comparecencia en juicio y representación.- Se establecen reglas especiales sobre estas materias 568, 569 y 570 CPC. La tónica general es una gran flexibilidad a la vista de la complejidad de las situaciones de hecho que se pueden dar y del interés público que existe en los intereses en juego. Se otorga legitimidad a los grupos de afectados determinados o fácilmente determinables, facilitando enormemente su comparecencia en juicio, para conseguir la reparación del daño sufridos. A las asociaciones de consumidores y usuarios para esa misma finalidad y para la defensa en general o en abstracto de los intereses en juego, incluso aunque su reconocimiento venga otorgado por la normativa internacional. Finalmente se otorga legitimidad a las entidades públicas, particularmente al Ministerio Fiscal, favoreciendo su intervención incluso aunque no haya ejercido la pretensión.

Podemos sintetizar estas reglas de la siguiente manera:

A) En cuanto a legitimación lo están las asociaciones de consumidores y usuarios, tanto para la defensa de los bienes jurídicos supraindividuales con carácter abstracto, como para los perjuicios concretos que a un grupo de personas haya podido causar el ataque a

esos bienes, tanto si es posible determinar con facilidad a los afectados como si tal determinación no es posible llevarla a cabo o resulta difícil.

Si el grupo de afectados está determinado o es fácilmente determinable, los integrantes del mismo estarán legitimados para ejercer las pretensiones destinadas a la reparación del daño sufrido.

El Ministerio Público tiene legitimación, junto con las asociaciones de consumidores y usuarios, para la pretensión de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de estos. También será llamado cuando no ejerza la pretensión, en caso de interés social relevante, para la defensa de la legalidad vigente.

La procuraduría del ambiente y de recursos naturales tendrá legitimación en las materias de su competencia.

Finalmente en el apartado 7 del artículo 570, dada la relevancia pública e interés social que presenta esta materia, en la que pueden estar afectados de manera importante bienes como la salud pública o el orden económico, establece que si la pretensión no prospera por inexistencia del requisito de representatividad suficiente por parte de quien la presenta, desistimiento infundado o abandono de la acción por quien la ha ejercido, el juez lo hará saber al Ministerio Público y, si puede ser, a otros posibles legitimados por si desean asumir voluntariamente la titularidad de la acción.

B) El artículo 568 otorga capacidad a los grupos de afectados por el hecho dañoso si están determinados o son fácilmente determinables, para lo cual solo tendrán que acreditar que los que presentan la demanda integra a la mayoría de afectados.

Admite igualmente ese precepto la capacidad de las entidades que, conforme a la normativa internacional estén habilitadas para la interposición de la pretensión de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios.

C) El artículo 569, con respecto a las entidades a que se refiere el artículo anterior, establece que comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros. Obviamente esta norma solo será aplicable a las entidades que carezcan de personalidad jurídica, puesto que si la tienen deberán comparecer su representante legal. Pero cuando se trata de colectivos que no tienen esa personalidad jurídica se flexibiliza la posibilidad de comparecencia en juicio otorgando validez a los pactos que estas personas hayan realizado al efecto de otorgar su representación. Estos pactos deben entenderse de forma muy amplia, es decir, no será preciso la unanimidad, bastará

con que el colectivo mediante un procedimiento aceptable conforme a los principios generales del derecho haya formado una voluntad suficiente en tal sentido. El precepto llega incluso más lejos, porque permite admitir la representación a quien actúe de hecho como tal representante sin oposición. Todo ello naturalmente bajo supervisión judicial para evitar situaciones de abuso o fraude.

4.- Control judicial.- Como contrapeso a la flexibilidad con que se configura la legitimación para ejercer estas pretensiones, se refuerzan las facultades del órgano judicial en orden a verificar que quienes ejercen la pretensión sean quienes realmente afirman ser y tengan entidad y capacidad suficiente para defender con garantías de éxito y en beneficio del interés general y de los afectados los bienes jurídicos supraindividuales. Tales facultades de control judicial se establecen en el artículo 571 y deberán ejercerse en el momento de tomar la decisión de admitir a trámite la demanda, pero pueden replantearse posteriormente en cualquier momento antes de dictar sentencia. Dice literalmente este precepto:

1. Para admitir a trámite una demanda en la que se interponga una pretensión colectiva, el juez deberá tomar en consideración los siguientes elementos:

a). La adecuada representatividad del legitimado respecto del grupo, categoría o clase;

b). La relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

2. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

a). La credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado.

b). Sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase.

c). Su conducta en otros procesos colectivos.

d). La coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda.

e). El tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona natural respecto del grupo, categoría o clase.

3. El juez analizará la concurrencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier momento antes de dictar sentencia.

Esta facultad de control de la **representatividad adecuada**, como la denomina la ley, se configura pues de una manera muy abierta, muy poco formalista, debiendo el juez averiguar la realidad y aplicar el sentido común para determinar si se trata de una entidad que realmente busca y está capacitada para la defensa de los intereses que son objeto de este procedimiento.

5.- Publicidad e intervención.- Como consecuencia de la indeterminación de los afectados o, a pesar de estar determinados o ser fácilmente determinables, de la posibilidad de iniciar el procedimiento con sólo una mayoría de los mismos o en virtud de la acción de una asociación, surge la necesidad de dar publicidad a la admisión de la demanda para que todos los afectados tengan la oportunidad de intervenir en defensa de la reparación del concreto perjuicio que han sufrido. Ello está regulado en el artículo 572 CPC. Lógicamente esta necesidad no existe cuando lo que se pretende es la defensa en abstracto de estos intereses colectivos, sin buscar la reparación de perjuicios concretos, sino tratando más bien de prevenirlos, por lo que el apartado 4 de este artículo excluye de estas normas sobre publicidad e intervención los procesos iniciados mediante la interposición de una pretensión de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Se distingue, en correlación con el artículo 566, aún cuando no se emplee la misma terminología, entre intereses individuales homogéneos, colectivos y difusos.

A) En el caso de **intereses individuales homogéneos**, es decir, cuando la lesión de una multitud de derechos individuales de personas que no tienen otra conexión entre sí que el origen del daño, el apartado 1 exige la publicación de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquéllos derechos o intereses. Se trata por tanto de un llamamiento generalizado, que pretende dar a conocer a los posibles afectados la posibilidad de acudir al procedimiento para reclamar la reparación pertinente. No se aclara en el precepto ni el plazo del llamamiento ni hasta que momento pueden intervenir los afectados. El llamamiento no suspende el procedimiento, por lo que ha de entenderse que los afectados podrán personarse en cualquier momento, pero sin retroceder en ningún caso el procedimiento, aplicándose pues la regla general de preclusión de los actos procesales.

B) Cuando se trata de **intereses colectivos**, en los que ya se da una relación entre los afectados por pertenecer a una determinada categoría o clase y estos además están determinados o son perfectamente determinables, al presentar la demanda deberá

acreditarse la comunicación de la intención de presentarla a todos los interesados, pudiendo estos intervenir en el proceso en cualquier momento, pero aquí si se aclara expresamente que sólo podrán realizar los actos procesales que no hayan precluido.

C) Cuando se trata de **intereses difusos**, en los que la determinación de los afectados no es posible o resulta difícil, no requiere la ley que el llamamiento a los posibles afectados se haga con carácter previo a la presentación a la demanda. Por el contrario, una vez presentada esta, se hará un llamamiento que suspenderá el procedimiento por un plazo máximo de dos meses, en función de las circunstancias o complejidad y de las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. No dice el artículo como se hará el llamamiento, pero parece razonable aplicar lo dispuesto para los intereses colectivos de la publicación de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquéllos derechos o intereses.

Lo que sí se especifica es que, en este caso, tras la reanudación del procedimiento no se admitirá personamiento individual alguno, sin perjuicio de los derechos que puedan resultar para ellos de la sentencia según veremos más adelante.

6. Diligencias preliminares.- Correlativamente con la exigencia que hemos visto y que establece el artículo 572.2 de que, cuando se trata de una pretensión colectiva que afecta a un grupo de personas determinados o fácilmente determinables, con la demanda debe justificarse haberse notificado a todos los afectados la intención de interponerla, el artículo 573 prevé como posibles diligencias preliminares las que puedan ser oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

7.- Acumulación.- El artículo 574 tiene una redacción bastante confusa y difícil de entender. En mi opinión el problema es que tiene una redacción gramatical claramente errónea. Tal precepto solo tiene sentido si se interpreta en el sentido de que elimina en esta materia la regla general contenida en el artículo 102.1 de no ser admisible la acumulación de procesos cuando conste que las partes pudieron acudir a la acumulación de pretensiones. Por tanto su redacción original⁶² quedaría transformada de la siguiente manera:

⁶² 1. Las disposiciones legales que impiden la acumulación de **pretensiones** no serán de aplicación a las colectivas, cuando la diversidad de esos **procesos**, ya sean promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de **acciones** o la intervención prevista en esta Sección.

1. Las disposiciones legales que impiden la acumulación de *procesos* no serán de aplicación a las colectivas, *aun* cuando la diversidad de esos procesos, ya sean promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, ~~no~~ se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en esta Sección.

2. En tales casos, se decretará la acumulación de procesos, incluso de oficio, conforme a lo dispuesto en este Código.

Se trataría en definitiva de que aunque la ley prevé mecanismos para evitar la diversidad de procesos, y el artículo 102.1 lo que hace es sancionar el no uso de esos mecanismos, tal sanción no tiene sentido y es contraproducente en una materia tan compleja que afecta a un gran número de personas a las que puede no haber llegado el conocimiento de la primera de las acciones a pesar de las previsiones legales. Hay por otra parte un interés general en la acumulación de estos procesos a la vista de los bienes jurídicos colectivos que están en juego en los mismos.

8.- Exención de caución en la medida cautelar.- La establece el artículo 575 para aquellos procedimientos en los que se ejercita la acción de cesación como facultad judicial, precisamente también en razón del interés general que preside esta materia, que es además exclusivo, es decir, sin mezcla de interés particular, en este tipo de acciones. Dice literalmente: *“En los procedimientos en los que se interponga la pretensión de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el juez podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados”*.

9.- Especialidades de la audiencia preliminar.- La norma del artículo 576 tampoco resulta clara, ni de fácil comprensión. Parece partir la misma de la posibilidad de que el juez admita una demanda como colectiva sin que reúna los requisitos, dado que en el apartado 1 permite que se plantee esta cuestión en la audiencia preliminar en caso de falta de acuerdo o no aprobación de los términos del mismo. Realmente resulta un tanto sorprendente que, dados los

2. En tales casos, se decretará la acumulación de *procesos*, incluso de oficio, conforme a lo dispuesto en este Código.

Obsérvese como mientras que en el apartado 1 se habla de “acumulación de pretensiones”, al igual que el título, en el 2 se habla de “acumulación de procesos”. En el mismo apartado uno se habla al mismo tiempo de acumulación de

requisitos que debe reunir la demanda, y los llamamientos que en su caso deben hacerse con carácter previo o después de admitida, pueda replantearse la naturaleza colectiva de la acción en la audiencia preliminar. Aunque por otra parte, es cierto que esta materia está afectada por un interés general y de orden público y ya dijimos que las cuestiones que afectan al orden público pueden ser planteadas en cualquier momento.

Más dudas ofrece la viabilidad del apartado 2 que permite al juez, si falla el acuerdo separar las peticiones en procesos distintos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción de proceso, si puede distinguir dentro de la misma intereses colectivos, intereses difusos o intereses individuales homogéneos. Ciertamente no siempre es fácil la separación de estas categorías. Además puede ocurrir que determinados actos afecten a distintos colectivos, cada uno de ellos encuadrable en diversas categorías. Ello conduciría a una desacumulación de pretensiones en los casos en que fuera útil, porque alguna de las pretensiones fuera de más fácil solución y tramitación que las demás.

Ahora bien, como las demandas tienen distintos requisitos ello plantearía el problema de si se han respetado todos en relación con cada uno de los distintos procesos que surgieran, puesto que en caso contrario habría que decretar la nulidad y cumplir esos requisitos dirigidos a evitar la indefensión a los afectados que no tienen noticia del procedimiento, El cumplimiento de esos requisitos de publicidad de la demanda y llamamiento a los afectados es especialmente relevante en estos procedimientos dado que, como veremos, la cosa juzgada puede afectar incluso a quien no ha sido parte del procedimiento.

10.- Prueba y carga de la prueba.- Establece el artículo 577.1 la admisibilidad de todos los medios de prueba, lo que parece redundante e innecesario. Más interesante es la expresa mención de la posibilidad de acudir a la documental estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidas por medios lícitos, pues en esta compleja materia con mucha frecuencia la única forma de establecer una relación de causalidad entre la conducta del demandado y los daños que se reclaman es la probabilidad estadística.

Ello indudablemente requiere conocimientos científicos. Pero no solamente establecer esa conexión, sino que con frecuencia el daño está conectado con complejos procesos industriales cuya comprensión y determinación de la negligencia requiere conocimientos científicos y datos muy precisos sobre el proceso que solo están al alcance del demandado. Por ello el apartado 2 del artículo 577 establece que *“La carga de la prueba incumbe a la parte que*

pretensiones, acumulación de procesos y acumulación de acciones. Entiendo que este galimatías solo tiene sentido con la redacción que propongo.

posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si la parte gravada con la carga de la prueba no aportare el conocimiento o información precisos para resolver, el juez podrá suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para dictar una sentencia de fondo, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate”. Se trata en definitiva de dotar al juez de todos los medios precisos para tener un conocimiento exacto del problema y de hacer recaer esa obligación en quien realmente tiene facilidad para aportar esos datos, con independencia de si el hecho que se trata de acreditar ha sido alegado por el actor o por el demandado. Es una muestra más de la enorme flexibilidad del procedimiento y rigor en la búsqueda de la verdad que justifican los intereses generales que están en juego.

Se echa de menos una diligencia preliminar similar, puesto que en muchas ocasiones la preparación de la demanda requiere el conocimiento de esos datos que por supuesto no están al alcance de los consumidores.

Prueba de todo ello son igualmente los apartados 3 y 4 del artículo 577. Estos apartados permiten al juez, en el caso de surgimientos de modificaciones de hecho o de derecho durante el surgimiento de la causa, establecer la carga de la prueba con respecto a ello de forma fundada, concediendo plazo razonable para cumplir con la misma y ordenar de oficio la producción de prueba, siempre sin que tal actividad alcance tal intensidad o peso que desvirtúe las garantías del contradictorio.

11.-Sentencia.- La complejidad que en el proceso introduce la determinación de la parte actora y la flexibilidad con la que se configura este aspecto para evitar que queden impunes actuaciones que atentan contra el interés general y que afectan a múltiples personas, tiene necesariamente su reflejo en la sentencia en tres aspectos: el contenido, la publicidad de la misma y su ejecución.

A) Contenido.- En cuanto al contenido el artículo 578 distingue entre las acciones que tengan una finalidad de resarcimiento y aquellas de mera cesación.

1. Acciones con contenido indemnizatorio o reparador.- Se establecen tres reglas; la primera va destinada a delimitar el colectivo que se beneficia de la sentencia, con independencia de quien haya ejercitado la acción, de modo que han de fijarse individualmente los beneficiarios en la medida de lo posible y si no es posible al menos que clase de personas podrán beneficiarse de la sentencia; la segunda extiende en todo caso los efectos declarativos del presupuesto de la condena, la ilicitud de una actividad o conducta, *erga omnes*, de modo que

otros afectados que no se beneficien de la sentencia puedan en el futuro ejercer acciones con finalidad de resarcimiento partiendo de tal declaración; la última aclara que, las reglas anteriores, no excusan al juez de pronunciarse sobre las concretas pretensiones que en su propio interés hayan ejercitado los particulares que hubiesen intervenido en el proceso. La dicción literal de estas reglas es la siguiente:

a). Si se hubiere pretendido una condena pecuniaria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

b). Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

c). Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. Acciones de cesación.- En las pretensiones de cesación, además de la publicación de la sentencia, que ya se regula en el artículo 579, el artículo 578 permite que el juez pueda acordar también la publicación de una declaración rectificadora, cuando los efectos de la infracción sean susceptibles de mantenerse a lo largo del tiempo, es decir, no desaparezcan de inmediato por el mero hecho de que la parte demandada cumpla la sentencia y cese *En*s. *Actividad*.

Por otro lado el apartado 3 de dicho precepto permite igualmente en estas acciones la imposición de una multa que oscilará de uno a tres salarios mínimos, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Se trata por tanto de una medida coercitiva tendente a asegurar la rápida ejecución de la sentencia, sin perjuicio lógicamente del derecho de los afectados de reclamar los perjuicios que ese retraso pudiera provocar.

B) Publicidad e inscripción.- Se recogen normas al respecto en el artículo 579 CPC, conforme al cual:

1. Habiéndose interpuesto una pretensión colectiva, una vez firme el fallo, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en un periódico de circulación nacional, con los gastos a cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de quince (15) días desde la notificación de la sentencia.

2. En todo caso en que hubiere prosperado una pretensión colectiva o una pretensión individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el juez dictará mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

La publicación no es una sanción, sino una medida para lograr la plena efectividad de la sentencia y este parámetro es el que deberá tener en cuenta el juez a la hora de valorar los criterios para publicar o no la sentencia. A título de ejemplo puede citarse el contemplado el artículo 578.2, es decir si la sentencia por sí sola es capaz de poner fin a la actividad ilícita o si es preciso la divulgación para poner fin a sus efectos.

En cuanto a la inscripción es una consecuencia lógica y necesaria de ese registro.

C) *Cosa juzgada*.- La naturaleza de los intereses o derechos colectivos o difusos exige que la cosa juzgada tenga eficacia *erga omnes* y vincule a todos los miembros del grupo, categoría o clase, que aún sin ser parte quedan afectados por la sentencia, según dispone el apartado 1 del artículo 580.

Sin embargo, cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán formular solicitudes y oposiciones propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual.

D) *Ejecución*.- En materia de ejecución, en primer lugar, en el artículo 581 se regula el supuesto de que la sentencia beneficie a personas no determinadas, en cuyo caso podrá procederse a esta determinación en ejecución de sentencia a instancia del interesado. Previamente a que éste pueda beneficiarse de la sentencia e instar la ejecución deberá solicitar su reconocimiento ante el juez competente para la ejecución, el cual con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

Finalmente el artículo 582 establece una serie de normas a fin de que el juez competente para la ejecución pueda controlar que las indemnizaciones que se establecen para reparar los daños provocados a un bien se destinen a esa finalidad y la misma sea ejecutada. Se establece para ello el ingreso de la indemnización en una institución bancaria en condición de Fideicomiso. El citado artículo establece las siguientes reglas al respecto:

1. En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados a un bien, el juez dispondrá que la indemnización sea ingresada en condición de Fideicomiso a una institución bancaria. Sus recursos serán destinados a la reconstrucción de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendentes a minimizar la lesión o a evitar que se repita, entre otras que beneficien al bien jurídico perjudicado.

2. En atención a la especificidad del bien jurídico dañado, a la extensión territorial afectada y a otras circunstancias consideradas relevantes, el juez podrá determinar, a través de un auto, el destino de la indemnización; dictará las providencias que deban ser tomadas para la reconstrucción de los bienes afectados; podrá ordenar la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que se repita, entre otras, que beneficien el bien jurídico tutelado.

3. La decisión que especifique el destino de la indemnización indicará, de modo claro y preciso, las medidas que deberán ser tomadas por la institución bancaria designada como depositaria del valor de la indemnización, así como el plazo razonable para que tales medidas sean practicadas.

