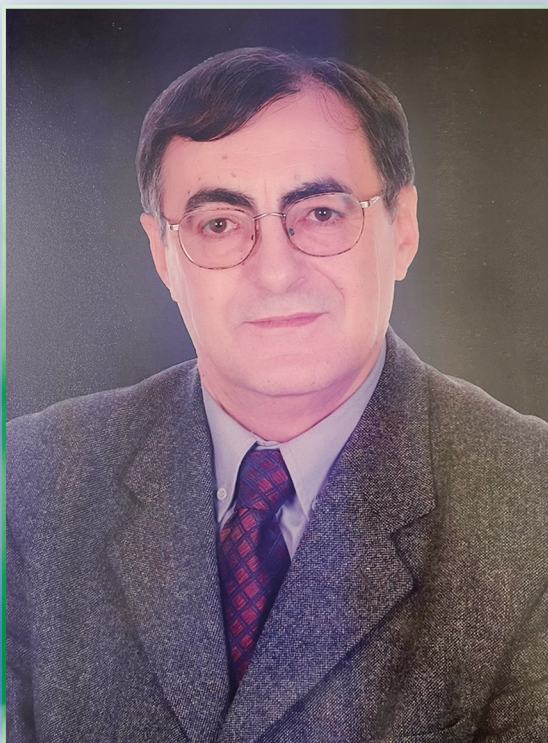


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro II. Proceso civil



**De la ejecución a la historia
del Derecho Procesal y de sus
protagonistas. Liber Amicorum
en homenaje al Profesor
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

LIBRO II: PROCESO CIVIL

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

LIBRO II: PROCESO CIVIL

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-74-7

Depósito legal: 8616-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

I. LA CLÁUSULA REBUS Y LA COSA JUZGADA	11
<i>Federico Adan Domenech</i>	
II. RAZONAMIENTO PROBATORIO EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL: BAJO LOS LÍMITES DEL CONTRADICTORIO Y LA POSIBILIDAD DE DISPONER DEL OBJETO PROCESAL	29
<i>Tomás J. Aliste Santos</i>	
III. LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN LA LEC 2000: ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS CUANDO LAS DIFERENTES ACCIONES DEBEN SEGUIRSE POR PROCESOS DE DISTINTA CLASE. ESPECIAL REFERENCIA A LA POSIBLE ACUMULACIÓN AL PROCESO DE DESAHUCIO POR PRECARIO DE LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO	77
<i>Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol</i>	
IV. EN TORNO A LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO	87
<i>Lorenzo Bujosa Vadell</i>	
V. ¿CUÁNTO MÁS CONCENTRADO Y ORAL ES EL JUICIO VERBAL QUE EL PROCESO ORDINARIO? RAZONES PARA SUBSISTIR	109
<i>Sonia Calaza López.</i>	
VI. LA DECLARACIÓN NEGATIVA: ENTRE LAS ACCIONES TORPEDO Y LAS PROVOCATORIAS ENCUBIERTAS	135
<i>M.^a Pía Calderón Cuadrado</i>	
VII. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	181
<i>Faustino Cordón Moreno</i>	

VIII. PROCESO CIVIL ALEMÁN 2.0 TENDENCIAS DE DIGITALIZACIÓN Y MULTILINGÜISMO	195
<i>David Cuenca Pinkert</i>	
IX. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES	213
<i>Juan Damián Moreno</i>	
X. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 135.5 DE LA LEC TAMBIÉN A LOS PLAZOS SUSTANTIVOS TRAS EL RD-LEY 6/2023	239
<i>Andrés Domínguez Luelmo / Fernando Toribios Fuentes</i>	
XI. LA MENOR PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN LOS DESAHUCIOS ARBITRALES	253
<i>Ramon Escaler Bascompte</i>	
XII. PROBLEMAS ACTUALES DEL PROCESO CIVIL MONITORIO	273
<i>José Garberí Llobregat</i>	
XIII. SOBRE EL DOMICILIO DEL DEMANDADO COMO CRITERIO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: DOS APORTACIONES JURISPRUDENCIALES RECIENTES	281
<i>Miguel Gardeñes Santiago</i>	
XIV. REFLEXIONES SOBRE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA	297
<i>Ayllen Gil Seaton</i>	
XV. PUBLICIDAD E INTERVENCIÓN EN PROCESOS CIVILES PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS	307
<i>Tomás López-Fragoso Álvarez</i>	
XVI. EL PUBLICISMO (SIC) PROCESAL CIVIL COMO ENFERMEDAD MENTAL	321
<i>Juan Montero Aroca</i>	
XVII. LOS DERECHOS DEL JUSTICIABLE EN LOS INTERNAMIENTOS URGENTES NO VOLUNTARIOS POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO	341
<i>Arturo Muñoz Aranguren</i>	
XVIII. DIEZ IDEAS TEMPRANAS DE TARDÍOS PASEOS ORDINARIOS	361
<i>Santi Orriols García</i>	

XIX. CLÁUSULAS ABUSIVAS, CONTROL DE TRANSPARENCIA Y TUTELA JUDICIAL COLECTIVA DE CONSUMIDORES. ASUNTO C-450/22 — CAIXABANK Y OTROS: DEL TS AL TJUE Y VUELTA	375
<i>Manuel Ortells Ramos</i>	
XX. LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LAS FUTURAS SECCIONES DE INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD EN LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA	421
<i>Francesc Xavier Pereda Gámez</i>	
XXI. LA CUESTIÓN INCIDENTAL DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS: UN TEMA SIN RESOLVER	435
<i>Pedro Rebollo Díaz</i>	
XXII. NOTAS ACERCA DE UNA POSIBLE Y FUTURA REFORMA DEL JUICIO CAMBIARIO	469
<i>Mercedes Serrano Masip</i>	
XXIII. ARBITRAJE Y REGISTROS PÚBLICOS: UN LARGO CAMINO DE DESENCUENTROS	489
<i>Jaume Solé Riera</i>	
XXIV. LA ODISEA DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	505
<i>Nancy Carina Vernengo Pellejero</i>	

I | La cláusula rebus y la cosa juzgada

*Federico Adan Domenech*¹
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA. 3. OPERATIVIDAD DE LA COSA JUZGADA MATERIAL. 4. LÍMITES A LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA. 4. 1. LÍMITES OBJETIVOS. 4.2. LÍMITES SUBJETIVOS. 4.3 LÍMITES TEMPORALES. 5. LA NO CONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS EXIGIDOS PARA LA AFECTACIÓN DE LA COSA JUZGADA. 6. BIBLIOGRAFÍA. 7. JURISPRUDENCIA

1. Introducción

La pandemia sufrida por la aparición del COVID19 supuso principalmente una crisis sanitaria. Sin embargo, esta crisis presentó consecuencias directas tanto en el ámbito jurídico, económico y social. En el ámbito jurídico una de los principales efectos fue el resurgimiento de la institución civil de la cláusula rebus sic stantibus como mecanismo apto para la modificación de relaciones contractuales. La problemática que se analiza en el presente trabajo se concreta en determinar si la cláusula rebus puede ser invocada ante relaciones jurídicas ya discutidas y que fueron resueltas y fijadas por una resolución judicial. En definitiva, se analiza la confrontación entre la cláusula rebus y la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones judiciales.

1. Resulta difícil efectuar una dedicatoria en relación con una persona que es ejemplo a nivel profesional y personal, so pena de no saber expresar en pocas líneas los sentimientos que genera en tu persona. Si bien los sentimientos suelen ser subjetivos, las palabras que, a continuación, escribiré son la transcripción de hechos objetivos, que, a bien seguro, todos los lectores compartirán conmigo.

A nivel profesional, el profesor Cachón es ejemplo de dedicación universitaria, encarna las características que debe testimoniar todo profesor universitario, excelencia en su investigación, que para muchos de nosotros ha servido de guía y referencia respecto de nuestras líneas de investigación, y compromiso con el aprendizaje de sus estudiantes.

A nivel personal, mayores son los méritos, pues demuestran su calidad humana, méritos que siempre deberían estar por encima de los profesionales, pero que muchos excelentes profesionales olvidan, no es el caso del profesor Cachón, pues nunca tuvo un «no» en mis peticiones de ayuda y solicitud de consejos, acompañando tal proximidad humana con una humildad de la que sólo pueden presumir las buenas personas.

Por cierto, «Aúpa Atlético».

2. Efectos de la cosa juzgada

Uno de los axiomas jurídicos consagrados en el ámbito procesal se concreta en la eficacia de cosa juzgada de las sentencias dictadas en la interinidad de un proceso judicial, efectos que se clasifican en una doble dimensión, la cosa juzgada formal —norma 207.2 LEC— y la cosa juzgada material —precepto 222 LEC—.

La expresión práctica de la cosa juzgada formal se traduce en la adquisición, por parte de la resolución, de la categoría de firme, adjetivación que imposibilita la modificación del contenido de la resolución judicial, salvo las excepciones reguladas *ex lege*, esto es, bien a través de las facultades reconocidas en las normas 214 y 215 de la Ley procesal, en relación a la aclaración, corrección, subsanación y complemento, o bien a través de la solicitud de revisión de sentencias firmes, en caso de concurrir algunos de los supuestos tasados en la norma 510 LEC. Los efectos formales de la cosa juzgada se convierten en la llave de cierre del proceso, poniendo fin al mismo, sin que el mismo sea de duración indefinida en el tiempo.

La plasmación procesal de la cosa juzgada material se traduce en dos efectos: uno positivo, consistente en la vinculación, a efectos de prejudicialidad de la sentencia, si esta se configura como un antecedente lógico de procesos posteriores, y otro negativo, denominado *non bis in ídem*, que implica la imposibilidad de reproducir un mismo procedimiento en el que exista coincidencia de elementos subjetivos y objetivos, con otro anterior, asegurándose el principio de seguridad jurídica de los justiciables, reconocido en las normas 9.3 y 24.1 CE, el cual se vulneraría, de permitirse el enjuiciamiento de la relación procesal ya concluida por sentencia.

De esta forma, la conjunción de este binomio de efectos formal y material constituye la piedra de toque de la inviabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales. Adjetivos taxativos que denotan la imposibilidad de modificar lo ya resuelto en una sentencia. Pero ante este dogma procesal, surge el interrogante de si por encima del principio de seguridad jurídica², debe prevalecer

2. El respeto a los efectos de cosa juzgada se configura como una garantía del principio de seguridad jurídica, conforme a las directrices del TC, el cual, en su resolución de 23 de abril de 2018, manifiesta que *como este Tribunal tiene establecido, el derecho a la intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes es presupuesto lógico para el ejercicio del derecho del justiciable a instar la ejecución de lo juzgado* (SSTC [49/2004](#), de 30 de marzo, FJ 2, y [190/2004](#), de 2 de noviembre, FJ 2). Es importante destacar que, como se recuerda en la STC [89/2011](#), de 6 de junio, FJ 4, con cita de la STC [53/2007](#), de 12 de marzo, FJ 2, el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que «este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces

el valor justicia³, entendiéndose como tal, la respuesta procesal a la posible modificación de las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, priorizándose el principio *pro actione*.

Pongamos varios ejemplos, la renta vitalicia determinada en sentencia judicial derivada de cuestiones hereditarias, la concreción en sentencia judicial de la renta de un contrato de arrendamiento tras la impugnación de la renta... En las hipótesis planteadas, entre otras cuestiones, se determina una cantidad económica como carga obligacional para una de las partes contractuales, en base a las circunstancias concurrentes en el momento de la formalización contractual o en el ámbito temporal en que se dicta la correspondiente resolución judicial. Ante esta realidad, podríamos formularnos el siguiente interrogante: ¿Podría la cantidad fijada no ser acorde con las circunstancias actuales por no coincidir con los extremos concurrentes en el momento de dictarse la sentencia?, o en otras palabras, ¿podría aplicarse la cláusula rebus a una relación jurídica determinada en una resolución judicial?

Tal posibilidad se traduciría en la solicitud de una nueva resolución judicial de carácter constitutivo, que determinase cómo debe aplicarse una relación jurídica ante la existencia de una alteración sustancial de las condiciones existentes en el momento de dictarse la sentencia.

3. Operatividad de la cosa juzgada material

De los ámbitos de la cosa juzgada, el que nos interesa respecto de la cuestión planteada es el relativo a la cosa juzgada material, prescindiendo del aspecto formal, pues el análisis para conceder respuesta a la pregunta formulada se concreta en determinar si es posible la incoación de un nuevo proceso vinculado a uno anterior, pero no, si es posible reabrir un proceso finalizado con sentencia firme.

La jurisprudencia ha distinguido los presupuestos que deben concurrir para que despliegue su eficacia la cosa juzgada material en función de si individualizamos su vertiente negativa de la positiva. En cuanto a su ámbito negativo, esto es, la imposibilidad de incoar un proceso nuevo exige la concurrencia de una triple identidad, esto es, identidad subjetiva, objetiva y temporal, mientras

legales establecidos para ello» (SSTC [180/1997](#), de 27 de octubre, FJ 2; [48/1999](#), de 22 de marzo. FJ 2, y [218/1999](#), de 29 de noviembre, FJ 2, entre otras. STC de 23 de abril de 2018, Sentencia núm. 35/2018.

3. La dicotomía entre la seguridad jurídica y la justicia es analizada por CALAZA, quién sostiene que existen dos valores en pugna: la justicia y la seguridad jurídica. Al respecto vid. CALAZA, S.: *Rebus sic stantibus, extensión de efectos y cosa juzgada*, Edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2001, págs. 236 y ss.

que en relación con su dimensión positiva es más laxa, exigiéndose únicamente la concurrencia de identidad en su dimensión subjetiva⁴.

De esta forma, la posibilidad de incoar un nuevo proceso que pretenda modificar el contenido de la relación jurídica fijado en una sentencia anterior, a través de la invocación de la cláusula rebus, solo resultará vetada para el caso de que exista identidad subjetiva, objetiva y temporal entre ambos procesos.

4. Límites a los efectos de la cosa juzgada

Los efectos de la cosa juzgada juegan un doble papel, por un lado, garantizan el derecho del justiciable a la intangibilidad e inmodificabilidad del contenido de las sentencias, en beneficio del principio de seguridad jurídica, pero, a su vez, constituyen un elemento limitador del derecho de acceso a los Tribunales. Es por ello, que el alcance de la cosa juzgada no es absoluto⁵, regulándose una serie de límites a su eficacia, que tienen como finalidad delimitar los efectos vinculantes de la sentencia, sobre tres elementos: límites objetivos —sobre qué—, límites subjetivos —sobre quiénes—, y, límites temporales —sobre cuánto tiempo—.

4.1. Límites objetivos

Los límites objetivos se encuentran regulados en el apartado segundo de la norma 222 LEC, según su literalidad, *la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren*

4. La flexibilización en cuanto a la exigencia solamente de la concurrencia de la identidad subjetiva, es reconocida en la STS de 5 de marzo de 2015, al afirmar que, *la función positiva de la cosa juzgada consiste en que el tribunal que deba pronunciarse sobre una determinada relación jurídica que es dependiente de otra ya resuelta ha de atenerse al contenido de la sentencia allí pronunciada; o lo que es lo mismo, queda vinculado por aquel juicio anterior sin poder contradecir lo ya decidido. Es el efecto al que se refiere el artículo 222.4 LEC para el que no se exige que concurren las tres identidades que integran el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada, pues basta con la identidad subjetiva en ambos procesos, cualesquiera que sean las posiciones que se ocupen en cada uno de ellos, y con que lo que se haya decidido en el primero constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior (STS de 17 de junio de 2011, recurso nº 1515/2007). La finalidad perseguida es evitar pronunciamientos contradictorios incompatibles con el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, con el derecho a la tutela efectiva cuando se está ante una sentencia firme que afecte a materias indisolublemente conexas con las que son objeto de un pleito posterior.* STS de 5 de marzo de 2015, Id Cendoj: 28079110012015100104.

5. La posible relativización de los efectos de cosa juzgada es defendida por NIEVA, al manifestar que *es una constatación importante saber que la cosa juzgada de las resoluciones judiciales no era tan inmutable como pensábamos. Por más que la cosa juzgada sea el resultado de la jurisdicción, la vida real siempre se acaba imponiendo, y, es por tanto lógico que el fallo de una sentencia no dure para siempre, puesto que si regula una situación que ya no existe, no puede tener eficacia alguna.* NIEVA, J.: *La cosa juzgada*, Edit., Atelier, Barcelona, 2006, pág. 248.

los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley, esto es, la alegación de la compensación y la nulidad contractual respectivamente.

Jurisprudencialmente, se ha equiparado cosa juzgada con la parte dispositiva de la sentencia. En este sentido, la STS de 25 de mayo de 2010, sostiene que *solo el fallo o parte dispositiva de la sentencia, en cuanto declara la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, pasa en autoridad de cosa juzgada a otro proceso posterior, por lo que son ajenas a dicho instituto las premisas fácticas deducidas por el juzgado tras la correspondiente valoración de la prueba practicada, como los razonamientos jurídicos o motivaciones utilizadas para fundamentar su conclusión, por ser la cosa juzgada el efecto de un pronunciamiento judicial y no de un razonamiento; ni siguiera en los supuestos en que actúa la cosa juzgada material queda el juez que conoce del segundo proceso vinculado por la apreciación que de la prueba se realizase en el primer juicio*⁶.

Sin embargo, atribuir solo los efectos de la cosa juzgada a la parte dispositiva sería una solución simplista, puesto que la parte dispositiva de una resolución judicial es fruto de una petición y de unos argumentos en que se sustenta la misma, y, todo ello es objeto de debate judicial en la interinidad de un proceso⁷. De esta forma, partiendo de la inclusión en el ámbito objetivo del proceso, tanto del *petitum* como de la causa de pedir, deviene necesario esgrimir si los efectos de cosa juzgada se hacen extensibles a ambos aspectos⁸. El *petitum* se encuentra conformado por la concreta solicitud que se dirige al órgano judicial, mientras que la *causa petendi* se erige como la causa o fundamento de la petición, conformado por los hechos y argumentos jurídicos del proceso⁹.

6. STS de 25 de mayo de 2010, Id Cendoj: 28079110012010100360.

7. En este sentido, MONTERO AROCA sostiene que *la tesis común en la jurisprudencia y en la doctrina era que la cosa juzgada no se extiende a toda la sentencia, sino solamente a la parte dispositiva de la misma, es decir, al fallo, con lo que se estaba diciendo que la cosa juzgada no comprendería las fundamentaciones fáctica y jurídica de la sentencia. Esta tesis, si común como decimos, no se ajusta plenamente a la realidad. La sentencia, sea absolutoria o condenatoria, se basa en una causa de pedir, y esta tiene que quedar incluida en la cosa juzgada, esta debe comprender lo juzgado, aquello sobre lo que existe decisión jurisdiccional*. MONTERO AROCA, J.: *Derecho jurisdiccional II, proceso civil*, Edit. Tirant lo Blanch, 20ª ed., Valencia 2012, págs. 499 y 500.

8. Defiende esta postura ORTELLS RAMOS, al manifestar que *lo relevante para determinar si hay cosa juzgada en el aspecto objetivo es aplicar los criterios para la individualización e identificación de las pretensiones procesales —causa petendi y petitum—*. ORTELLS RAMOS, M. (AAVV): *Derecho procesal civil*, 15ª ed., Edit. Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pág. 475.

9. En palabras del Tribunal supremo, *la —causa de pedir— es la entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio —petitum— o pretensión solicitada*. STS de 25 de mayo de 2015, Id Cendoj: 28079110012015100373.

Aceptando las anteriores consideraciones, y a efectos de comprobar si se puede aplicar la cláusula rebus, a situaciones ya declaradas judicialmente debemos partir de las siguientes premisas. Primera. — La concurrencia de un proceso anterior, en el que se reconocería la existencia de una relación jurídica y la concreción de un importe relativo a la carga económica del contrato, por ejemplo, procesos en que se discute la actualización de la renta de un arrendamiento, o procedimientos en que se determina el importe concreto de una renta vitalicia. Segunda. — La posibilidad de incoación de un nuevo procedimiento que pretende modificar la relación jurídica inicial y su importe concretado por sentencia judicial, como consecuencia de las alteraciones contractuales sufridas por la aparición de la pandemia.

Aplicando las anteriores premisas, a los casos que hemos enunciado, si bien podemos manifestar que en cuanto al *petitum* puede existir una cierta analogía, que no identidad, por el hecho de que en los dos procesos se pretende la fijación de la cuantía económica de una obligación jurídica derivada del contrato¹⁰, respecto de la *causa pretendi* no existe identidad alguna, pues el fundamento de la acción del segundo proceso se concreta en la existencia de una pandemia, cuyas circunstancias económicas han roto el sinalagma contractual, que permite, según la cláusula rebus, la modificación contractual y la reestructuración económica del mismo, siendo el fundamento de la acción diferente, disparidad aplicable a los hechos y fundamentos jurídicos que conformaran la demanda.

Es por ello, que la causa de pedir que sirve de fundamento al *petitum* de la demanda es dispar y además inexistente en el anterior proceso, pretendiéndose, en el segundo juicio una sentencia constitutiva de modificación de la relación jurídica en base a hechos heterogéneos¹¹ y nuevos, sobre los que no puede recaer los efectos de la cosa juzgada¹². La disparidad de la causa de pedir,

10. A nuestro entender, no existe identidad entre los objetos del proceso, aunque sí cierta conexión, elemento que para determinados autores excluyen la identidad objetiva. Así, CORBAL manifiesta que *los petita deben ser iguales: si lo solicitado en el segundo proceso fuere un pronunciamiento distinto, aunque conexo o derivado de lo pedido en el primer proceso, no devendría de aplicación la norma que comentamos*. CORBAL, J.E.: *Cosa juzgada material*, en *Práctica procesal civil-Broca-Majada Corbal*, Edit. Bosch, 23ª ed., Barcelona, 2014, pág. 2402.

11. Refuerza esta tesis, las palabras de DAMIAN MORENO, al manifestar que, *pero donde este fenómeno se aprecia con mayor intensidad es en las acciones constitutivas, esto es, en aquellas tendentes a crear modificar o extinguir un derecho o una determinada relación jurídica. En este tipo de acciones, el objeto del proceso no se identifica solo por efecto jurídico que se pretende sino por la causa que da lugar al cambio que se solicita (...) El petitum sería el mismo, aunque variaría la causa petendi*. DAMIAN MORENO, J.: *Comentario al artículo 222 LEC*, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.I, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 1446.

12. La no extensión de la eficacia de la cosa juzgada a los hechos nuevos y la relativización de la misma es plasmada en diferentes resoluciones del Tribunal Supremo. Valga como ejemplo, la STS de 4 de febrero de 2016, en la que sostiene que *la cosa juzgada cubre lo deducido y lo que se hubiere podido deducir, porque la*

entre un primer proceso en el que se determina la vigencia de un vínculo contractual y la carga económica derivada del mismo, y un segundo en que se pretende la aplicación de la cláusula rebus, se concreta en los siguientes extremos:

En primer lugar, por la alegación de fundamentos jurídicos diferentes e inexistentes con anterioridad. El TS exige para la aplicación de la cosa juzgada material, que exista identidad no sólo de pretensiones sino también de fundamentos jurídicos, como queda plasmado en su sentencia de 5 de diciembre de 2013, en la que manifiesta que *del texto del precepto (artículo 400 LEC) se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda*¹³.

La solicitud de aplicación de la cláusula rebus no puede englobarse en el *tipus* legal regulado en el artículo 400 LEC. Este precepto regula, en su primer apartado, la cosa juzgada en relación a los hechos que se funden en fundamentos jurídicos que se conozcan o puedan ser invocados, previsión que se reitera en el segundo apartado de la misma norma, al sostener que *de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste*.

Como ya hemos manifestado, la fundamentación jurídica relativa a la cláusula rebus no podría ser alegada en un proceso anterior, por no haberse originado el hecho que quebranta el sinalagma contractual, resultándole de aplicación el razonamiento efectuado por el TS, en su sentencia de 20 de abril de 1988, a efectos de reconocer excepciones a los efectos negativos de la cosa juzgada, al manifestar que *un elemental principio de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción, aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídica-*

sentencia pasada en cosa juzgada «precluye» la posibilidad de una demanda en un nuevo proceso para plantear nuevos argumentos que habrían podido ser planteados al juez en el anterior litigio, siempre —se entiende— dentro de los límites objetivos de la acción ejercitada (esto es, el mismo petitum y la misma causa petendi). Ahora bien, dicha máxima no puede tener unos efectos absolutos, puesto que, como advierte la jurisprudencia, no es aplicable cuando el primer proceso no puede abarcar todas las contingencias posibles o cuando surgen cuestiones nuevas. STS de 4 de febrero de 2016, Id Cendoj: 28079110012016100022.

13. STS de 5 de diciembre de 2013, Id Cendoj: 28079110012013100703.

*mente de un agotamiento del caso. En consecuencia, no existe cuando no se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio non bis in idem*¹⁴.

De este modo, como afirma la STS de 4 de febrero de 2016, *dicha máxima* (la relativa a los efectos de cosa juzgada de la sentencia respecto de lo deducido y deducible) *no puede tener unos efectos absolutos, puesto que, como advierte la jurisprudencia, no es aplicable cuando el primer proceso no puede abarcar todas las contingencias posibles o cuando surgen cuestiones nuevas*¹⁵.

En este sentido, la propia normativa procesal, en concreto, su artículo 222.2 LEC, nos concede los argumentos para defender los límites a los efectos de cosa juzgada respecto de la cláusula rebus, y su posible incoación en nuevo proceso, al sostener esta regla que, *se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen*¹⁶.

En segundo lugar, por falta de identidad objetiva entre ambos procesos. Para que la cosa juzgada despliegue todos sus efectos, y, por ende, adquiera virtualidad práctica el principio *non bis in idem*, debe existir una perfecta identidad subjetiva y objetiva entre el proceso anterior y el posterior. La perfecta identidad objetiva se identifica con la misma petición y causa de pedir. En primer lugar, es discutible que el *petitum* de ambos procesos pueda catalogarse de idénticos, como ya hemos avanzado. En el primero de ellos, se determinará la existencia de una relación jurídica y la carga económica derivada de la misma. En el segundo proceso, se pretende modificar la relación jurídica, fijando nuevos parámetros económicos. A pesar de que considerásemos que existe cierta conexión entre ambas pretensiones, esta conexión puede negarse en relación a la causa de pedir. Esta ha sido definida por el TS, como *el conjunto de hechos esenciales para el logro de las consecuencias jurídicas pretendidas por la parte actora*¹⁷, pero resulta evidente, en los casos que analizamos, que las consecuencias jurídicas no son las mismas y, por tanto, parece la supuesta identidad

14. STS de 20 de abril de 1988, Id Cendoj: 28079110011988100404.

15. STS de 4 de febrero de 2016, Id Cendoj: 28079110012016100022.

16. En términos similares, MONTERO AROCA sostiene que *hay que tener en cuenta que la relación jurídica sobre la que aquella (cosa juzgada) opera no se mantiene estática, sino que está sujeta a los nuevos acontecimientos que puedan producirse, los cuales significarán la aparición de una causa petendi nueva y con ella la posibilidad de un nuevo proceso entre las mismas partes y con la misma petición. No se trata con ello de que desaparezca la cosa juzgada, sino de que en el nuevo proceso no se darán las identidades necesarias*. MONTERO AROCA, J.: *Derecho jurisdiccional II, proceso civil*, Edit. Tirant lo Blanch, 20ª ed., Valencia, 2012, pág. 502.

17. STS de 8 de enero de 2015, Id Cendoj: 28079110012015100061.

en la causa de pedir, siendo los hechos causantes de los efectos jurídicos de una y otra acción dispar.

Es por ello, que no siempre que los hechos sean idénticos existe cosa juzgada material, debido a que, para que resulte aplicable, la identidad de hechos debe acompañarse de identidad de efectos jurídicos, como sostiene el TS, al manifestar en su sentencia de 9 de enero de 2013, que *la calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos*¹⁸.

En tercer lugar, por la invariabilidad del pronunciamiento judicial anterior e inmodificabilidad de la actividad ejecutiva derivada. La cosa juzgada material no solo pretende evitar el enjuiciamiento en un nuevo proceso de cuestiones ya discutidas, sino que da un paso más, y pretende no poner en peligro la efectividad de un pronunciamiento judicial anterior que culminase con la derogación de las actividades ejecutivas derivadas de la misma. *La cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que inconmoviblemente estatuyeron los organismos jurisdiccionales, de tal manera que no sea posible hacer efectivo en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados, es decir, que con un nuevo litigio se sustraiga a los medios propios de cumplimiento y ejecución del proceso en que se declaró un derecho, su modo de hacerlo efectivo, vedando con ello al juez del nuevo proceso toda actividad jurisdiccional*¹⁹.

*En conclusión, no es admisible que quien ha perdido el litigio pretenda, en un litigio posterior, que se declare la imposibilidad del cumplimiento de la condena acordada en la sentencia dictada en el anterior litigio, porque esa cuestión queda afectada por la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que contiene el pronunciamiento condenatorio*²⁰ Nada más lejos de la realidad respecto de las consecuencias de la estimación de la cláusula rebus, las cuales no incidirán ni pretenderán la restitución de la situación existente con anterioridad a la emisión de la sentencia del primer proceso.

18. STS de 9 de enero de 2013, Id Cendoj: 28079110012013100020.

19. STS de 19 de abril de 2006, Id Cendoj: 28079110012006100479.

20. STS de 5 de diciembre de 2013, Id Cendoj: 28079110012013100703.

En base a los argumentos expuestos con anterioridad, podemos defender una interpretación flexible del artículo 400 LEC, enmarcada en un contexto y realidad social determinado, conforme a unos antecedentes legislativos que reconocen e intentan paliar la situación de desequilibrio económico, que puede ser solucionada protegiendo el acceso a la justicia de los perjudicados, pudiéndose ser de aplicación las reflexiones contenidas en la doctrina judicial del TC y del TS.

En este sentido, el TC ha sostenido, en su resolución de 28 de abril de 2016, que *todas estas afirmaciones resultan acordes con el mayor alcance que el Tribunal otorga al principio pro actione en los supuestos de acceso a la jurisdicción, que obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos del acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24 CE*²¹.

En términos similares, el TS defiende, en su auto de 26 de octubre de 2016, que *esta Sala se ha referido (STS de 27 de junio de 2011, rec. 1319/2010, entre otras) al equilibrio que debe existir entre la exigencia de cumplimiento de los requisitos formales y el derecho de acceso a los recursos, cuya finalidad es impedir que el derecho de tutela efectiva pueda verse conculcado por una interpretación basada en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican*²².

4.2. Límites subjetivos

La regulación de esta modalidad de límites se establece en el apartado tercero de la norma 222 LEC, el cual establece que *la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley. En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.*

21. STC de 28 de abril 2016, Sentencia núm. 83/2016.

22. ATS de 26 de octubre de 2016, Id Cendoj: 28079110012016203153.

En cuanto a la extensión subjetiva de la cosa juzgada, la incoación de un segundo proceso en que se pretende la modificación contractual en base a la cláusula rebus, no exime de la misma, pues, por lo general, las partes contractuales serán las mismas, y, por *ende*, existirá identificación subjetiva.

En todo caso, puede existir alguna hipótesis de legitimación extraordinaria, ya sea *mortis causa* o *inter vivos*, pero sin que tal circunstancia afecte a la identidad subjetiva, puesto que las personas físicas o jurídicas que se subroguen en la posición inicial de uno de los contratantes, quedará afecto por la cosa juzgada, pues la afectación de la cosa juzgada material no es por la identidad física de los intervinientes sino por la identidad jurídica, esto es, por la condición en qué intervienen y por cuál es su actuación procesal²³.

4.3. Límites temporales

Determinados procesalistas, de forma tajante, han manifestado que la cosa juzgada no presenta una eficacia perpetua²⁴, esto es, los efectos de la cosa juzgada no son ni absolutos ni impertérritos, sino que los mismos sucumben a los límites temporales.

En los denominados, impropriamente²⁵, límites temporales, conviven dos factores, en primer lugar, el de la temporalidad,²⁶ y, en segundo lugar, el de la no concurrencia de los hechos presentes en el momento de dictar la sentencia²⁷. Combinando los dos elementos expuestos con anterioridad, podemos considerar que con los límites temporales se pretende asegurar la finalidad de no desplegar la eficacia de la cosa juzgada sobre aspectos inexistentes en el mo-

23. En este sentido, CALAZA sostiene que *para poder apreciar la concurrencia de cosa juzgada material no es necesario que se dé precisa identidad física en los litigantes que demandan, pues a lo que ha de atenderse es a la identidad jurídica, que es corresponsal de la calidad con lo que fueron en ambos procesos*. CALAZA, S.: *Rebus...*, ob. cit., pág. 351.

24. Al respecto vid. NIEVA, J.: ob. cit., pág. 257.

25. La incorrecta denominación de límites temporales es sostenida por NIEVA, pues considera este autor que *esos límites, primero, no dependen del factor tiempo, sino del cambio de circunstancias reguladas en la sentencia, lo que hace que no puedan ser denominados con propiedad límites temporales, sino simplemente objetivos o subjetivos, si se desea clasificarlos*. NIEVA, J.: ob. cit., pág. 263.

26. En relación a la temporalidad de la sentencia, DE LA OLIVA sostiene que *la cosa juzgada no tiene por qué valer siempre, aunque debe entenderse, de inmediato, que esa posible falta de valor temporalmente ilimitado no se debe a un carácter intrínsecamente perecedero de la cosa juzgada, sino a la posibilidad y a la probabilidad de que, con el tiempo, lo que se tenga que juzgar no sea ya, incluso aunque lo parezca, lo mismo que se juzgó*. DE LA OLIVA, A.: *Sobre la cosa juzgada*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pág. 83.

27. En este sentido, TAPIA asevera que *la cosa juzgada, por lo tanto, abarca la relación jurídica que fue configurada (o pudo serlo) de una determinada manera en un momento histórico concreto*. TAPIA, I.: *El objeto del proceso civil y su fijación*. TAPIA, I.: *El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada*, Edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág. 240.

mento de la tramitación, y, en especial, en el momento de dictarse sentencia en el proceso finalizado.

Partiendo de este objetivo, podemos considerar que los límites temporales, a diferencia de los objetivos y subjetivos, no ostentan una regulación legal propia, como lo demuestra la ausencia de regulación específica en la Ley procesal, por lo que los mismos derivan de la limitación objetiva de la cosa juzgada, debido al hecho de que la operatividad del factor tiempo en la sentencia se concreta en el nacimiento de nuevos hechos o fundamentos que modifican la relación jurídica, esto es, el objeto del proceso anterior, creando una relación jurídica nueva, «virgen» de enjuiciamiento, que de no poder ser objeto de estudio judicial, supondría una vulneración de los derechos del justiciable, que observaría vetada la posibilidad de la incoación de la vía judicial por un formalismo procesal inflexible²⁸.

Con carácter previo, es preciso señalar que la doctrina entiende que cuando nos referimos a hechos nuevos, en este término genérico se deben englobar dos elementos, por un lado, los elementos fácticos y, por otro lado, los títulos jurídicos, es decir, las argumentaciones jurídicas que conforman la *causa petendi* del proceso²⁹.

Como ya hemos visto, la Ley procesal despliega los efectos de cosa juzgada sobre todos aquellos elementos, refiriéndonos tanto a los hechos como a las argumentaciones jurídicas que fundamentan la *causa petendi*, que fueron juzgados y sobre aquellos otros que pudieron ser enjuiciados, a pesar de no ser incorporados al proceso. En consecuencia, el problema central se concreta en la cuestión de determinar el momento temporal, a partir del cual, el nacimiento de esos acontecimientos inexistentes permite calificarlos de nuevos, a efectos de excluirlos de los efectos de la cosa juzgada derivada de la sentencia dictada, pues, como sostiene DE LA OLIVA, *está fuera de toda duda, desde luego, el carácter contingente de los cambios que pueden determinar que exista una res iudicanda diferente de la res iudicata*³⁰.

El propio articulado de la Ley procesal nos determina el momento concreto a partir del cual, puede calificarse, tanto a los hechos como a las fundamentaciones jurídicas de nuevas.

28. La desprotección del ciudadano en caso de no establecerse límites a los efectos de la cosa juzgada es denunciada por NIEVA, quien defiende que *el hecho de que la cosa juzgada carezca de límites temporales fijados por el ordenamiento puede provocar, en ocasiones, situaciones de inseguridad jurídica, infrecuentes, desde luego, pero a la vez injustas*. NIEVA, J.: ob. cit., pág. 259.

29. Al respecto, vid. DE LA OLIVA, A.: ob. cit., págs. 86 y 87.

30. DE LA OLIVA, A.: ob. cit., pág. 84 y TAPIA, I.: *El objeto del proceso civil y su fijación...*, ob. cit., pág. 241.

En relación a los hechos, la norma que determina el punto fronterizo entre hechos nuevos y hechos existentes durante la tramitación del proceso, se concreta en el artículo 222.2 LEC, en el que se afirma que *se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen*³¹.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, el precepto que determina cuándo una argumentación jurídica podrá calificarse de nueva, a efectos de fundamentar la causa de pedir, se concreta en la regla 400.1 LEC, la cual sostiene que *de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste*³².

En definitiva, de acuerdo, con la literalidad de este precepto, no deberían aplicarse los efectos de cosa juzgada a aquellos hechos que no pudieron ni ser alegados ni enjuiciados, por no tener vigencia ni constancia durante la tramitación del juicio, adquiriendo una especial relevancia en la causa de pedir, y, en consecuencia, en los efectos de la cosa juzgada, el elemento temporal³³.

Partiendo de las premisas anteriores, la aplicación de la cláusula rebus constituye un ejemplo paradigmático de estos límites temporales, pues como la propia terminología del aforismo expresa, no existirán modificaciones, mientras no cambien las cosas, es decir, el fundamento de la incoación de la cláusula rebus, es que se ha producido una modificación contractual y esa modificación contractual deviene de unos hechos imprevisibles y no presentes en el momento de dictar la primera de las sentencias³⁴, encontrando cobertura jurídica en el

31. Con la finalidad de determinar el momento concreto en que debe considerarse finalizada la facultad de las partes de introducir hechos en el proceso, TAPIA manifiesta que *definitivamente, pues, será el momento del inicio del juicio (...) el trámite preclusivo para introducir nuevos hechos*. TAPIA, I.: *El objeto del proceso civil y su fijación...*, ob. cit., pág. 244.

32. Respecto de la aplicación de esta norma, CALAZA sostiene que *del tenor literal de este precepto, (artículo 400 LEC), se desprende, claramente, que quedan excluidos de la cobertura de la cosa juzgada material, tanto los hechos nuevos como los de nueva noticia, habida cuenta de que ninguno de ellos, aun cuando por distintos motivos (...) han podido ser aducidos en el juicio anterior*. CALAZA, S.: *Rebus...*, ob. cit., pág. 406.

33. La relevancia del factor tiempo, es puesta de manifiesto por PICO JUNOY, al defender que *debe destacarse la relevancia del elemento temporal en la delimitación de la causa de pedir (...) solo el elemento temporal permite individualizar la causa de pedir, y diferenciarla de otra, cuyos elementos fácticos son exactamente iguales, excepto el periodo de tiempo a que se refieren*. PICO JUNOY, J.: *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 34 y 35.

34. La no afectación de la cosa juzgada a los hechos acontecidos con posterioridad a la emisión de la sentencia, es puesta de manifiesto por ORTELLS RAMOS, el cual asevera que *la cosa juzgada tenga unos límites temporales no significa que la misma pueda llegar a extinguirse por el simple transcurso del tiempo, sino que la cosa juzgada no puede impedir una resolución que determine las consecuencias jurídicas de esos hechos*,

tipus legal regulado en la norma 222.2 LEC, que, a su vez, justifican el planteamiento de una nueva *causa petendi*, derivada de una nueva fundamentación jurídica en base a títulos no existentes con anterioridad, pues la *causa petendi* se encuentra condicionada por *un conjunto de hechos históricos*³⁵, supuesto subsumible en el precepto 400.1 LEC.

La problemática derivada de la aplicación de la cláusula rebus, es un ejemplo del conflicto existente en torno a las prestaciones periódicas, cuya vigencia prolongada en el tiempo implica su posible modificación, cuestión objeto de controversia en el ámbito procesal³⁶. Esta controversia resultaba zanjada con la propuesta de una norma que no llegó nunca a ver la luz, pero que, en definitiva, hubiese solucionado los problemas de los límites temporales de la eficacia de la cosa juzgada de las sentencias. Esta norma con la rúbrica: *Modificación de la cosa juzgada*, sostenía que *cuando la sentencia que haya adquirido autoridad de cosa juzgada hubiese decidido sobre prestaciones periódicas y variasen las circunstancias que hubieran sido determinantes de la misma, en sentido absolutorio o condenatorio, la parte interesada podrá pretender, en el juicio que corresponda, la modificación de sus pronunciamientos*³⁷.

5. La no concurrencia de los presupuestos exigidos para la afectación de la cosa juzgada

Una vez analizados los límites legales, recogidos en los cuerpos normativos, a la operatividad de la cosa juzgada, a continuación, analizaremos cómo no se cumplen los presupuestos exigidos por la doctrina judicial, para que la eficacia de cosa juzgada despliegue su virtualidad práctica en el segundo proceso, esto es, en el procedimiento en que se pretende la alegación de la cláusula rebus.

actos o negocios jurídicos posteriores. Ese es el sentido de lo dispuesto por el art. 222.2. párrafo segundo. ORTELLS RAMOS, M.: Derecho procesal civil..., ob. cit., pág. 478, y añade ORTELLS RAMOS, en otros casos el objeto del proceso no es diferente y, ello, no obstante, se puede resolver de nuevo sobre el mismo en consideración de hechos relevantes para el sentido de la resolución que han ocurrido con posterioridad a la preclusión de las alegaciones en el proceso que produjo cosa juzgada Derecho procesal civil..., ob. cit., pág. 478. En términos similares, DAMIAN MORENO manifiesta que cuando lo que se pida en una demanda pueda fundamentarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos jurídicos, el actor deberá aducir en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla ya que en caso contrario los efectos de la cosa juzgada alcanzarán a cuantos hechos y fundamentos jurídicos hubieran podido esgrimirse. Solo los posteriores a tal momento podrían servir de base a una nueva pretensión. DAMIAN MORENO, J.: ob. cit., pág. 1446.

35. VALLINES, E.: *La preclusión en el proceso civil*, Edit. Thomson-vivitas, Madrid, 2004, pág. 214.

36. La posible variación de las circunstancias concurrentes en un momento histórico en las prestaciones periódicas, es puesta de relieve por CALAZA, al afirmar que *la alteración fáctica acontecida durante el período cronológico por el que se reclama judicialmente una determinada prestación, similar o, en su caso, distinta, a otra ya enjuiciada, supone la automática mutación de la pretensión*. CALAZA, S.: *Rebus...*, ob. cit., pág. 412.

37. Norma citada por DE LA OLIVA, A.: ob. cit., pág. 101.

La STS de 31 de diciembre de 2002³⁸, sintetiza, de forma ordenada y descriptiva, los diferentes elementos definidores de la cosa juzgada, concretándose los mismos en los siguientes, que, como veremos, no pueden resultar de aplicación automática a la incoación de la cláusula rebus en un proceso posterior:

- A) *La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal (STS 11-3-85 y 25-5-95)*³⁹. Es cierto que la articulación formal de la acción no varía de forma absoluta, debido a que, en ambos casos, el *petitum* de la demanda será una fijación económica. Sin embargo, el que sí varía es su intrínseca entidad material, pues la misma debe englobar los elementos que también considera definidores de la causa de pedir el TS, esto es, tanto los motivos que generan tanto la pretensión como las consecuencias o efectos derivados de la misma, que, en definitiva, es lo que realmente justifica la causa de pedir, la obtención de unos concretos efectos, y, estos son totalmente dispares, puesto que los motivos que generan la acción es la aplicación de la cláusula rebus, inexistente con anterioridad por no haberse producido el hecho imprevisible, y las consecuencias no solo serían la fijación de un nuevo importe para las cargas económicas, sino la modificación contractual en aras a conseguir un nuevo equilibrio prestacional.
- B) *La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 3-5-00) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS 19-6-00 y 24-7-00) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS 27-10-00 y 15-11-01)*⁴⁰. Todas las pretensiones se fundan en argumentos jurídicos derivados de la interpretación de normas jurídicas y de jurisprudencia nacional o comunitaria, siendo ambas interpretaciones fuente del derecho procesal, pues en el ámbito procesal, el hecho en sí mismo individualizado o en abstracto de cualquier otra norma, no produce efecto alguno, el hecho sólo reportará los efectos que una norma o una sentencia le atribuya. Es por ello, que el hecho independiente de la interpretación de los cuerpos legislativos o de la jurisprudencia se encuentra vacío de contenido, pues la función jurisdiccional regulada en el precepto 117 CE, se traduce en la aplicación del derecho, norma legal o jurisprudencia, al caso concreto, hecho o supuesto fáctico. En consecuencia, podemos manifestar que resulta evidente que los hechos jurídicamente relevantes para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la actora

38. STS de 31 de diciembre de 2002, Id Cendoj: 28079110012002101367.

39. STS de 31 de diciembre de 2002, Id Cendoj: 28079110012002101367.

40. STS de 31 de diciembre de 2002, Id Cendoj: 28079110012002101367.

han variado, desde el momento en que el fundamento de la nueva pretensión no es alcanzado por la preclusión del artículo 400 LEC, al ser un hecho nuevo, al cual no se le debe extender la eficacia de la cosa juzgada, conforme a las directrices del precepto 222.2 LEC.

- C) *La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (STS 27-10-00)*⁴¹. En este punto, podemos dar por reproducidas las argumentaciones sostenidas en el apartado anterior, pues es evidente que las circunstancias determinantes de su reclamación que sirven de fundamento y de su exigibilidad han variado, y además sustancialmente. No puede negarse la modificación sustancial del fundamento, de la exigibilidad y del resultado, hemos pasado del nada al todo, del negro al blanco, de la inexistencia de hechos notorios que justificase la modificación a la vigencia de esos hechos.
- D) *No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7-96, 3-5-00 y 27-10-00)*. La finalidad del segundo pleito, que tiene como objeto la aplicación de la cláusula rebus, no presenta intención alguna de suplir o subsanar errores alegatorios o de prueba respecto del pedimento del primer proceso, que se concretaba en función de unas circunstancias jurídicas concretas que han variado, y, por ende, la suerte que haya corrido el primer pleito en función de la habilidad probatoria de las partes no pretende, en ningún caso, ser subsanada por este segundo.
- E) *La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91 y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC*⁴². Los límites temporales que ya han sido obje-

41. STS de 31 de diciembre de 2002, Id Cendoj: 28079110012002101367.

42. STS de 31 de diciembre de 2002, Id Cendoj: 28079110012002101367.

to de análisis, justifican que la aplicación de la cláusula rebus no podría ser deducida ni enjuiciada en el primer proceso.

- F) *El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (SSTS 3-4-90, 31-3-92, 25-5-95 y 30-7-96)*⁴³. La comparativa entre el primer y segundo proceso disiparía cualquier atisbo de duda, pues los fundamentos jurídicos en que se sustenta la causa de pedir resultan diferentes y los efectos jurídicos derivados de la causa de pedir dispares, vocablos y calificativos, ambos, contrarios a la exigida identidad para determinar la vinculación de una futura acción a los efectos de la cosa juzgada material.

6. Bibliografía

- CALAZA, S.: *Rebus sic stantibus, extensión de efectos y cosa juzgada*, Edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2001.
- CORBAL, J.E.: *Cosa juzgada material*, en *Práctica procesal civil-Broca-Majada Corbal*, Edit. Bosch, 23ª ed., Barcelona, 2014.
- DAMIAN MOREMO, J.: *Comentario al artículo 222 LEC*, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.I, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000
- DE LA OLIVA, A.: *Sobre la cosa juzgada*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- NIEVA, J.: *La cosa juzgada*, Edit., Atelier, Barcelona, 2006
- MONTERO AROCA, J.: *Derecho jurisdiccional II, proceso civil*, Edit. Tirant lo Blanch, 20ª ed., Valencia 2012.
- ORTELLS RAMOS, M. (AAVV): *Derecho procesal civil*, 15ª ed., Edit. Thomson Reuters, Pamplona, 2016.
- PICO JUNOY, J.: *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- TAPIA, I.: *El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada*, Edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- VALLINES, E.: *La preclusión en el proceso civil*, Edit. Thomson-vivitas, Madrid, 2004.

7. Jurisprudencia

- STC de 23 de abril de 2018, Sentencia núm. 35/2018.
- STC de 28 de abril 2016, Sentencia núm. 83/2016.
- ATS de 26 de octubre de 2016, Id Cendoj: 28079110012016203153.

43. STS de 31 de diciembre de 2002, Id Cendoj: 28079110012002101367.

- STS de 4 de febrero de 2016, Id Cendoj: 28079110012016100022.
- STS de 4 de febrero de 2016, Id Cendoj: 28079110012016100022.
- STS de 5 de marzo de 2015, Id Cendoj: 28079110012015100104.
- STS de 5 de diciembre de 2013, Id Cendoj: 28079110012013100703.
- STS de 9 de enero de 2013, Id Cendoj: 28079110012013100020.
- STS de 8 de enero de 2015, Id Cendoj: 28079110012015100061.
- STS de 5 de diciembre de 2013, Id Cendoj: 28079110012013100703.
- STS de 31 de diciembre de 2002, Id Cendoj: 28079110012002101367.
- STS de 25 de mayo de 2010, Id Cendoj: 28079110012010100360.
- STS de 19 de abril de 2006, Id Cendoj: 28079110012006100479.
- STS de 20 de abril de 1988, Id Cendoj: 28079110011988100404.
- [Para monografías] ABEL LLUCH, X., *Derecho Probatorio*, [eventualmente, 2ª ed.], edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2012 [añadir, cuando sea necesario, pp. x-y].
- [Para artículos doctrinales] ANDINO LÓPEZ, J. A., «Las falacias argumentativas y su reflejo en la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4-2017, pp. 877-892.
- [Para webgrafía] CORDÓN MORENO, F., «Una precisión sobre el ámbito de aplicación del art. 286 LEC», en Gómez Acebo & Pombo Publicaciones, <https://www.ga-p.com/publicaciones/una-precision-sobre-el-ambito-de-aplicacion-del-articulo-286-de-la-ley-de-enjuiciamiento-civil-aportacion-al-proceso-de-hechos-nuevos-o-nueva-noticia/> (última visita 27.1.2024).
- [Para capítulos de libro] DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «El razonamiento probatorio», en *La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos*, J. Picó, J. Mendoza y A. Mantecón (dirs.), C. de Miranda y L. A. Hierro (coords.), edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 185-200.
- [Trabajos colectivos] VV. AA., *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, J. A. García Amado y P. R. Bonorino (coords.), edit. Comares, Granada, 2014.

II | Razonamiento probatorio en el proceso civil español: bajo los límites del contradictorio y la posibilidad de disponer del objeto procesal

Tomás J. Aliste Santos
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Internacional de La Rioja

SUMARIO: 1. EXCURSO HISTÓRICO SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LA TRADICIÓN PROCESAL OCCIDENTAL DE LOS PAÍSES DE *CIVIL LAW* Y *COMMON LAW*. 2. A MODO DE *CONDITIO SINE QUA NON*: AUSENCIA DE ORIENTACIÓN FINALISTA DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL. 2.1. PLURALISMO TELEOLÓGICO DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL. 2.2. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL PROCESO CIVIL QUE INCIDEN EN MATERIA PROBATORIA. 3. DOGMÁTICA PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL. 3.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA PRUEBA. 3.2. HECHOS EXENTOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL. 3.3. OBJETO DE LA PRUEBA. 3.4. FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA. 3.5. INICIATIVA PROBATORIA. 3.6. ADMISIÓN DE PRUEBA Y PRUEBA ILÍCITA. 3.7. CARGA DE LA PRUEBA. 3.8. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. 3.9. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO. 3.10. COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRUEBA. 4 MEDIOS DE PRUEBA Y RAZONAMIENTO PROBATORIO. 4.1. INTERROGATORIO DE LAS PARTES. 4.2. PRUEBA DOCUMENTAL. 4.3. PRUEBA PERICIAL. 4.4. RECONOCIMIENTO JUDICIAL. 4.5. INTERROGATORIO DE TESTIGOS. 4.6. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN LOS MEDIOS DE PRUEBA: LA PRUEBA ELECTRÓNICA. 4.7. INFERENCIAS PROBATORIAS: PRESUNCIONES Y RAZONAMIENTO INDICIARIO. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Excurso histórico sobre los fundamentos del razonamiento probatorio en la tradición procesal occidental de los países de *civil law* y *common law*

Escribo este trabajo uniéndome a este libro homenaje después de releer el interesantísimo análisis que el profesor CACHÓN CADENAS desarrolló hace años acerca de la perspectiva histórica de los modelos procesales civil y penal y la controvertida cuestión que durante cierto tiempo dividió a la doctrina procesal entre los partidarios de optar ya por la unificación o bien por mantener incólui-

me la diferenciación entre ambos modelos de procesos¹. Procesos herederos de una historia sutilmente diferenciada que hunde sus raíces occidentales en el derecho procesal romano y se formula definitivamente en la época del *ius commune* al calor de los *ordines iudicarii* que desde temprana época medieval diferencian a modelos de enjuiciamiento². En su trabajo sobre este tema señala nuestro homenajeado que «las concepciones unitaristas trataron de acercar el proceso civil al proceso penal, para reforzar el carácter público del primero, es decir, para publicar el proceso civil. Pues bien, la evolución histórica real ha discurrido por derroteros distintos y hasta contrapuestos a los objetivos que perseguían aquellas teorías. Lo que se ha producido en los últimos tiempos es una especie de «privatización» de algunos aspectos del proceso penal, tendencia esta que continúa acentuándose. Se han trasladado al proceso penal diversas soluciones e instituciones procedentes del proceso civil. En cierto modo, alguien podría decir que la historia se ha tomado una cierta venganza de algunos excesos publicísticos cometidos en el pasado reciente»³. Y desde luego, a tenor de la evolución de nuestro derecho procesal y de los profundísimos cambios de paradigma del modelo de administración de justicia que estamos viendo al momento de escribir estas líneas, es un pensamiento realmente certero y vigente. Y esta tendencia a despublicar el derecho procesal también afecta los fundamentos del razonamiento probatorio en sede procesal, tanto civil como penal, conduciendo a una suerte de primacía del modelo de razonamiento procesal receptor del acervo secular desarrollado en sede procesal civil, y por ello cada vez más condicionado por el principio de aportación de parte y bajo un contradictorio claramente a merced de la amplísima capacidad que las partes tienen para disponer sobre el objeto procesal.

Cuando nos acercamos al desenvolvimiento histórico de la prueba observamos la constante dialéctica histórica entre dos criterios de valoración probatoria que pugnan entre sí tanto en los sistemas de *civil law* como en los sistemas de *common law*: el sistema de prueba legal y el sistema de libre valoración.

La prueba legal o tasada tiene fundamentos remotos, acaso perdiéndose en la noche de los tiempos de los pueblos indoeuropeos. Criterio vinculado a arcaicos rituales probatorios como los juicios divinos, que enfatizaban la íntima imbricación entre el ritualismo religioso y su correlato procesal. Así sucedió para la mayoría de los indoeuropeos, incluidos los griegos, pero los primitivos romanos muy pronto advirtieron la irracionalidad de este ritualismo sacro-pro-

1. CACHÓN CADENAS, M., (2022:483-506).

2. Para una referencia concreta a los *ordines iudicarii* más notables en ambos tipos de procesos, vid. el listado recogido por PÉREZ MARTÍN, A., (1999: 15-40).

3. Vid. CACHÓN CADENAS, M., (2022:506).

cesal como lo demuestra su desaparición en la primera y más antigua de las *legis actiones*, esto es, la *actio per sacramentum*. El juramento formulado a los dioses era una fórmula más de irracional aplicación de los juicios divinos, recurriendo a pruebas bárbaras como el fuego, el agua, o el combate, pero los romanos pronto advirtieron la irrelevancia de estos juicios para hallar verdad y la necesidad de recurrir al juramento como instrumento para justificar la intervención divina manifestada en el resultado de la prueba en virtud de si las partes en litis han jurado comprometidas con la verdad o con la mentira en un acto de naturaleza redentora y purificadora ante la divinidad. De esta manera en el proceso *per sacramentum*, como nos dice IHERING⁴, los romanos transforman la antiquísima institución religiosa de los juicios de dios común en una institución netamente jurídico-procesal, que en virtud de la formulación del *sacramentum* hacía innecesario el recurso a las pruebas legales arquetípicas de los juicios divinos tan comunes en el resto de pueblos arios arcaicos. Es decir, los romanos supieron desde edad muy temprana en su historia transformar los juicios de dios y sustituirlos por la *actio per sacramentum*, sin proceder jamás a una abrogación de los mismos que hubiera sido ofensa a los dioses. Y, por ello, actuando en coherencia con ese espíritu tan conservador de las instituciones pretéritas que los caracterizó siempre supieron reformular dicha institución al tiempo que procedían a racionalizar su praxis, asumiendo las partes implicadas los deberes y riesgos inherentes a los juicios de dios en un ejercicio equilibrado de carga probática para ambas partes: si el demandante no lograba probar perdía la *summa sacramenti*, si el demandado lo hacía, padecería el mismo perjuicio, y todo ello en el marco de un procedimiento que trataba de racionalizar el procedimiento para decidir el pleito que las partes bilateralmente acordaban adquirir a la divinidad a cambio del precio del *sacramentum*, entendido como depósito en garantía de esa adquisición de la facultad de decidir el resultado del juicio.

Con el devenir del tiempo y de los diversos procedimientos judiciales romanos se minoró cada vez más la importancia de la prueba tasada como criterio de valoración probatoria hasta que prácticamente queda subsumida a supuestos específicos en un marco teórico probatorio dominado por la libre valoración durante las *extraordinariae cognitiones* que llegan a la época justiniana⁵. Con anterioridad a Justiniano los juicios se introducían mediante una *evocatio*, que podía hacerse mediante tres formas distintas: *denuntiatio*, *litterae* y los *edicta*. Igualmente, mediante la *litis denuntiatio* una de las partes con el permiso del magistrado podía llamar a su contraparte para comparecer en juicio. Posteriormente, en la época de Justiniano el juicio se introducía por vía del *li-*

4. Vid. IHERING, R., (1987:181-194).

5. ALISTE SANTOS, T., (2018:46-47).

bellus conventionis, escrito de demanda del actor al cual se le da entrada sin examen de fondo mediante sentencia interlocutoria. No obstante, el magistrado podía rechazar el libelo si la pretensión o pretensiones referidas eran contrarias a Derecho. Prestada caución por ambas partes en litigio y una vez comunicado el libelo al demandado, este presentaba *libellus contraventionis* en el que podía oponerse a las pretensiones de actor o bien invocar excepciones. La *litis contestatio* pierde la importancia que tenía en el procedimiento formulario, constituyendo un acto donde el magistrado conoce las pretensiones del demandante y la contradicción que el demandado hace de las mismas: *quam litis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam, quolique iudicio maiore sive minore* (L 14 § 1. Cod. De iudiciis 3,1). Planteadas la *narratio proposita* del actor y la *contradictio obiecta* del demandado, las partes, conjuntamente a sus abogados, hacen juramento de calumnia, expresando la confianza que tienen en el triunfo de sus posiciones. Además, podía plantearse también una *replicatio* del actor frente a la *contradictio* del demandado y, a su vez, una *duplicatio* de este. Sea como fuere, el debate quedaba listo para el examen probatorio. Nuestros medios de prueba son en grandes rasgos idénticos a los de esta época. Así, podían practicarse la testifical, siendo originaria de este periodo la máxima *unus testis nullus testis*, que ya encuentra pronto asidero en el Código de Hammurabi como recuerda NIEVA FENOLL⁶; la documental, preferente sobre la anterior y de distinta fuerza probatoria dependiendo de la categoría del documento (*acta* o *gesta*, instrumenta publica de los *tabelliones* y las *cautiones chirographa* o instrumentos privados); la pericial, el juramento y la confesión. Además, el Derecho justiniano recogió las presunciones entre los medios de convicción, dividiéndose estas en *praesumptiones hominis* y *praesumptiones iuris* (*iuris tantum* e *iures et de iure*). El debate probatorio no podía prolongarse indefinidamente. En este sentido, SCIAJOLA recuerda que la Novela 52 de Justiniano prevé que la sentencia debe dictarse transcurridos tres meses como máximo desde que una de las partes declara que no precisa más medios de instrucción⁷.

Sintéticamente, podemos afirmar que el razonamiento probatorio desde tiempo remoto ha estado enmarcado por el sistema de libre valoración de la prueba, porque muy pronto se advirtió la irracionalidad de las pruebas de ordalía exigidas a las partes⁸, a excepción de su último y postrer residuo en la presta-

6. NIEVA FENOLL, J. (2010:47 Y 49).

7. Vid. SCIAJOLA, V., (1954:410).

8. Esto fue así tanto en el origen de los sistemas procesales, vid. NIEVA FENOLL, J., (2023a), e Ib., (2010: 37-94). Y se evidencia en Occidente a poco que repasemos el devenir histórico de los sistemas de *civil law* y *common law*, que se perfilan durante los siglos medievales, adscribiéndose claramente a un sistema de valoración probatoria libre y sin las cadenas del dominio absoluto de la prueba legal que los invasores germánicos mantuvieron en sus procedimientos judiciales tras la caída del imperio romano haciendo de la praxis probatoria del juicio de ordalías el postrer residuo de los «juicios de dios». En la antigua provincia romana de *Britannia*

ción de juramento de las partes que prácticamente ha llegado hasta el derecho procesal civil contemporáneo (en el caso español, como sabemos, la LEC 1/2000, eliminó la necesidad de juramento de las partes, abrogándose de entre los medios de prueba la confesión).

Como sostiene PICÓ i JUNOY⁹, el enjuiciamiento civil (y penal) históricamente se ha practicado sobre la base de un viejo brocardo: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, constriñendo la actividad enjuiciadora a los márgenes del contradictorio procesal civil marcados por el principio dispositivo, sí y sólo sí, pero haciéndolo de forma tal que quepa cierta facultad de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* sin menoscabo alguno de la necesaria imparcialidad judicial. De ahí que, aun existiendo medios de prueba históricamente condicionados por requisitos de la prueba legal¹⁰, el sistema de enjuiciamiento civil (y penal) en los modelos de *civil law* y *common law* desde hace siglos descansa en aquel viejo adagio del *ius commune*, y, por lo tanto, evidencia la prevalencia histórica de un razonamiento judicial sobre medios de prueba analizados bajo la guía metodológica de la libre valoración¹¹.

2. A modo de *conditio sine qua non*: ausencia de orientación finalista del proceso civil español

Suele ser un tópico reiteradísimo, sobre todo entre los autores vinculados a la filosofía del derecho, vincular de forma más o menos consciente la teoría general en materia probatoria a las teorías epistemológicas que se esfuerzan en hallar metodologías adecuadas para la búsqueda de la verdad en los procesos judiciales. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente procesalista, como es la propia de quien escribe estas reflexiones, la teoría probatoria en puridad carece de una orientación finalista legalmente predeterminada en la

así sucedió durante la época del *anglo saxon law*, caracterizada por el primitivismo procesal germánico. La mayoría de los casos se resolvían en las *Shire Courts* y las *Hundred Courts*, siguiendo la costumbre germánica en la que el proceso judicial estaba impregnado por un complejo ritualismo propio de los juicios de dios, practicándose el *trial by oath*, el *trial by ordeal* e, incluso, el *trial by battle*, a pesar del fuerte rechazo de la Iglesia Católica que lentamente logra imponer la libre valoración de la prueba, prohibiéndose la práctica ordálica en el IV Concilio de Letrán de 1215, bajo el pontificado de Inocencio III. Sin embargo, una vez consolidada la conquista normanda, el surgimiento de los tribunales de *common law* fue generalizando la praxis del juicio por jurados, que se institucionalizan definitivamente en la *Assize of Clarendon* del año 1066. Vid. ALISTE SANTOS, T., (2013: 77 y ss.)

9. PICÓ i JUNOY, J., (2007).

10. Véanse, por ejemplo, en ciertos casos de la prueba documental y testifical, y también en la estricta reglamentación probatoria que existe en el *civil procedure* del *common law* estadounidense a través de las denominadas *exclusionary rules*. Vid. TARUFFO, M., (2009:355).

11. NIEVA FENOLL, J. (2010: 37-94).

mayoría de nuestros sistemas procesales. Este hecho notorio no solo lo conocemos los profesores de derecho procesal, sino que también suele asumirse naturalmente por los jueces, y por el resto de los juristas familiarizados con los cuerpos legales y la praxis procesal que ordena la materia probatoria tanto en los ordenamientos de *civil law* como en los sistemas de *common law*.

Por supuesto, nadie niega que la búsqueda de la verdad, genéricamente hablando, informa la teoría probatoria en los diversos órdenes jurisdiccionales, y que naturalmente el proceso judicial es una construcción jurídica multisecular que permite resolver controversias jurídicas de las partes a través de una metodología epistemológicamente orientada al hallazgo de una certeza moral sobre hechos más o menos remotos que nutren el objeto procesal de la litis, y cuya carga subjetiva corresponde impulsar a los actores de la litigación. Pero esto no permite inferir que el proceso jurisdiccional este orientado legalmente a la búsqueda de la verdad, ni tampoco que la verdad sea un fin legalmente preponderante en los procesos judiciales ya se trate de procesos penales, civiles, sociales, administrativos... El caso es que la búsqueda de la verdad, como cualquier otra orientación finalista del proceso judicial, no encuentra acomodo expreso en la legislación de la mayoría de los sistemas procesales occidentales y su tratamiento suele ocupar más a los filósofos del derecho que a los procesalistas y a los jueces, abogados, fiscales y cualquier otro jurista práctico cuyo quehacer se desenvuelva en el ámbito procesal.

Muchas veces me he preguntado el porqué de todo esto, y todo parece indicar una disyunción evidente entre el entendimiento filosófico del proceso, manifiestamente abstracto, y el entendimiento práctico del proceso por los profesionales forenses, que, desde luego, no es en absoluto abstracto sino muy vinculado a ofrecer respuestas en la medida de lo posible satisfactorias a los actores de la litigación en el caso concreto. La abstracción, que tanto repugna a los *common lawyers*¹², tampoco suele ser del gusto de los profesionales forenses que actúan en los procesos de la tradición del *civil law*. De aquí, probablemente, arranca la tremenda disociación entre el acervo teórico que los filósofos del derecho han construido en torno a la teoría de la prueba y su conexión epistemológica con la búsqueda de la verdad y la realidad forense cotidiana de los tribunales¹³, en los cuales los profesionales que intervienen andan ocupados en los entresijos del caso concreto y no en abstracciones, que en muchas

12. Vid. ALISTE SANTOS, T., (2013: 55-57).

13. Este asunto se hace particularmente visible en la mayoría de los estudiosos de las teorías de la argumentación jurídica, cuyas filas se nutren en altísimo porcentaje por filósofos del derecho, empeñados en desarrollar una doctrina sobre la argumentación útil a la praxis de los tribunales. Paradójicamente, la inmensa mayoría de estos filósofos del derecho no conocen siquiera por curiosidad cómo funcionan los tribunales de justicia. En muchos casos, no han pisado nunca un tribunal, ni sostenido ningún alegato forense, ni asesorado a ningún cliente, ni ejercido como abogados litigantes. Sin embargo, henchidos de ego por adentrarse en los

ocasiones conducen a discusiones pedantescas la mayor parte de veces inconducentes e impertinentes para resolver el caso concreto.

No es que la verdad y su búsqueda carezca de importancia para los profesionales forenses, pero la realidad procesal cotidiana del caso concreto los empuja a un nivel mucho menos abstracto, en el que confluye un tipo de razonamiento procesal caracterizado por un complejo entramado de inferencias inductivas, deductivas y, fundamentalmente, abductivas, al servicio de una argumentación de carácter analítica, dialéctica y retórica dirigida a resolver cuestiones muy concretas del caso y, sobre todo, por la apertura a transigir en cualquier momento con la contraparte para terminar anticipadamente el proceso, en conformidad al amplio margen dejado al principio dispositivo en la mayoría de procesos civiles. Adviértase que buena parte de las teorías de la argumentación jurídica se construyen de forma muy abstracta con escasa conexión en la mayoría de las ocasiones respecto lo que sucede realmente en el proceso. Esto me recuerda aquellas reflexiones del genial IHERING en su obra *Bromas y veras de la ciencia jurídica*, cuando satirizaba en torno a la gestación dogmática de los conceptos jurídicos¹⁴. Da la impresión que el mundo abstracto en el que se generan las teorías de la argumentación procesal por los filósofos es una especie de atmósfera conceptual prístina, en la que los conceptos jurídicos resultantes refulgen purísimos, y que cuando esos conceptos respiran el aire vulgar del mundo forense cotidiano se deforman volviéndose construcciones mórbidas, groseras e irreconocibles a los ojos de quienes las idearon en su estado puro¹⁵.

2.1. Pluralismo teleológico del proceso civil español

El derecho procesal es una de las disciplinas jurídicas de mayor tradición en la enseñanza universitaria del derecho. Podemos afirmar que la enseñanza del derecho procesal, junto al conocimiento del derecho canónico y el derecho civil, ya estaba incorporada en la incipiente formación jurídica que recibían los estudiantes durante el renacimiento de los estudios de derecho allá por el siglo XI —así sucedió en la Universidad de Bolonia— y la posterior creación de cátedras dedicadas al estudio del derecho procesal en otras universidades. El derecho procesal tradicionalmente ha sido presentando como rama complementaria de otras disciplinas jurídicas, tanto de derecho privado como público. De ahí su entendi-

arcanos de la epistemología su empeño consiste siempre en construir una teoría según ellos con transferencia de conocimiento directo a la práctica.

14. Vid. IHERING, R., (1987: 215-264). La segunda edición de esta obra en alemán es de 1884.

15. IHERING, R., (1987:222 y 223).

miento por muchos juristas teóricos y prácticos como disciplina auxiliar y su configuración como derecho adjetivo de otro derecho cualitativamente superior, calificado como derecho sustantivo (p. ej.: derecho civil, derecho penal...). Advuértase el error de semejante concepción del derecho procesal, porque su calificación como derecho adjetivo no se ajusta a la verdadera naturaleza e importancia de esta peculiar disciplina. Más bien, podemos decir que el derecho procesal es el derecho en pie de guerra, el derecho en acción. Es decir, ante una controversia, sobre la cual hay contradicción o disputa en torno al objeto de la misma, la mera alegación por una parte frente a la otra de tal o cual derecho no supone la resolución inmediata del conflicto por mucho que existan buenos argumentos fácticos y jurídicos de una de las partes e incluso estos sean mejores que los alegados por la parte contraria. De ahí la insuficiencia del derecho sustantivo a la hora de resolver conflictos y la necesidad de contar con una disciplina autónoma que, ciertamente, es instrumental, pero en cualquier caso autónoma, al efecto de lograr dar a cada cual lo suyo, recordando la célebre sentencia del jurisconsulto Ulpiano contenida en el Digesto: *suum cuique tribuere* (D.1.10. §2). En este sentido, podemos trazar una definición del derecho procesal señalando que es la rama del ordenamiento jurídico a través de la cual se trata de ofrecer respuesta a los justiciables en torno a las eventuales controversias que estos tengan, recurriendo para ello a tres elementos fundamentales: jurisdicción, acción y proceso, que históricamente han conformado la triada conceptual que permite entender el derecho procesal.

Fijémonos bien en esta triada, porque la suma de cada uno de sus elementos permite entender la singularidad e importancia del derecho procesal como disciplina autónoma realmente diferenciada del resto del ordenamiento jurídico. Así, cuando aludimos a la jurisdicción, y decimos que el derecho procesal es un conjunto de normas que regula la actividad jurisdiccional del Estado, entendemos que la sociedad civilizada ha renunciado históricamente a la autotutela como instrumento de solución de controversias, y en su lugar ha establecido instrumentos legítimos de solución de conflictos partiendo de una elemental renuncia a la venganza¹⁶. De ahí que el hombre, que es un animal político, históricamente haya evidenciado su deseo de vivir en sociedades, organizadas en comunidades políticas y jurídicas, y que dichas comunidades establezcan el monopolio de la impartición de justicia, garantizando la resolución de las disputas de sus individuos cuando los instrumentos «autocompositivos»¹⁷ de resolución de conflictos

16. A pesar de lo dicho, la venganza sigue teniendo un componente residual en los sistemas de justicia contemporáneos en los que pervive culturalmente ciertas vías de vindicación, véase TERRADAS SABORIT, I., (2008).

17. La palabra «autocompositivo», tan utilizada entre los académicos jurídicos, no está recogida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (al menos hasta la fecha de redacción de este trabajo) y de ahí nuestro entrecomillado.

sean insuficientes para satisfacer las pretensiones de las partes¹⁸. Por ello, dichas comunidades han desarrollado instrumentos «heterocompositivos»¹⁹ públicos y privados de solución de conflictos para lograr la efectividad de la resolución de dichas controversias, de los cuales destacan la jurisdicción y el arbitraje. Desde hace siglos, tras la aparición del Estado, la jurisdicción se ha manifestado como el instrumento «heterocompositivo» cualitativamente más relevante en cuanto que manifestación del haz de facultades soberanas del Estado. En este sentido, las partes en litigio acuden a la jurisdicción, porque precisamente los órganos revestidos de jurisdicción tienen la capacidad exclusiva para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, siendo dicha capacidad manifestación expresa del poder soberano.

Evidentemente, decir que el derecho procesal es solamente un derecho jurisdiccional no permite entender plenamente la disciplina, porque el derecho procesal también es el derecho de la «acción y el derecho al «proceso». Veamos bien estos otros conceptos. El ejercicio de la acción supone el reconocimiento por parte de la comunidad/Estado a los individuos de un derecho de acceso a la jurisdicción. Lógicamente, si la jurisdicción tiene la exclusividad en el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo propio es que haya la posibilidad de acceder a la misma, y por ello la acción se reconoce como derecho de acceso a la jurisdicción. Finalmente, el proceso es el cauce a través del cual la actividad jurisdiccional se desarrolla, convirtiéndose en concepto conector de los anteriores: jurisdicción y acción. Es decir, el proceso es la vía de comunicación, permitiendo el ejercicio de la potestad jurisdiccional (jurisdicción) y facultando la exposición de la acción, entendida como derecho de acceso a la justicia para plantear controversias por parte de los justiciables y soliciar la resolución de las mismas ante los órganos judiciales.

La concepción del derecho procesal también va unida a la cuestión de su finalidad²⁰. Algunos autores han destacado que la cuestión sobre los fines del proceso es harto compleja y que responde a un enfoque puramente cultural²¹. Incluso, se ha llegado a afirmar que la búsqueda de alguna finalidad del proceso nos conduce a un análisis de una cuestión ociosa y profundamente indeter-

18. La idea de justicia responde a una multiplicidad de enfoques, que van desde una conceptualización típicamente esencialista (clásica en la tradición occidental) hasta concepciones que subrayan fundamentos biológicos y culturales de la idea de justicia, dentro de esta tesis, muy rupturista, destacamos el novedoso y detenido análisis de NIEVA FENOLL, J., (2023a).

19. La palabra «heterocompositivo», tan utilizada entre los académicos jurídicos, no está recogida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (al menos hasta la fecha de redacción de este trabajo) y de ahí nuestro entrecomillado.

20. Sobre este tema, vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., (2000:197-239).

21. TARUFFO, M., (2009: 2002 y ss.), *Páginas de justicia civil*, ed. Marcial Pons, trad. esp., Madrid.

minada²². Sin embargo, aun reconociendo la relevancia de esta perspectiva, podemos convenir que se trata de una rama del derecho presidida por diversas finalidades²³, todas ellas cualitativamente distintas y, en mi opinión, reflejadas en tres tesis²⁴:

En primer lugar, tenemos la denominada *tesis axiológica*. El derecho procesal tendría como finalidad la legalización de la justicia a través de la búsqueda de la verdad en el caso concreto. Se trata de la tesis más aceptada a lo largo de la historia del derecho procesal moderno, y mantenida desde su génesis en los siglos del *ius commune* hasta la época de la codificación. Y, sin embargo, tesis muy combatida y cuestionada por aquellos que entienden que el proceso judicial no obedece a la búsqueda de ningún tipo de verdad²⁵.

En segundo lugar, la llamada *tesis formalista*. El derecho procesal persigue la realización del derecho objetivo en cada caso. El ideal racionalista que presidió el movimiento codificador pretendió elevar la ley a suprema fuente del ordenamiento jurídico, entendiendo que la antigua discrecionalidad judicial podía disolverse fácilmente a través de un cuerpo legislativo racional que permitiese realizar sencillas operaciones de subsunción —el célebre silogismo judicial— de los hechos en la norma jurídica. La tesis formalista trata de ser cauce efectivo y expresión del aforismo *da mihi factum dabo tibi ius*. Sin embargo, desde hace décadas dicha tesis ha sido abandonada porque ni el derecho procesal obedece a una suerte de aplicación mecánica de las normas procesales ni el juez en sus operaciones de descubrimiento de los hechos y su posterior interpretación del material fáctico e interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, puede limitar su función jurisdiccional a ser, siguiendo la célebre expresión de MONTESQUIEU, «la boca que pronuncia las palabras de la ley»²⁶.

Por último, la *tesis utilitarista*, según la cual el derecho procesal, particularmente el elemento proceso, sería un instrumento —entre otros muchos— dirigido a resolver conflictos²⁷. Esta tesis, que pivota sobre una concepción de análisis económico de las normas jurídicas, analiza los medios de resolución de conflic-

22. Vid. VON HIPPEL, F., (1939: 171-173).

23. Estas finalidades están presentes en los diversos sistemas procesales, vid. DI BERNARDO, E., (2016: 23 y ss.). En el ámbito estrictamente procesal civil, ha estudiado este pluralismo teleológico del derecho procesal PÉREZ RAGONE, A., (2020: 213-252).

24. Vid. ALISTE SANTOS, T. (2021:144-149).

25. Sobre esta *verifobia* procesal, véanse, entre otros, los siguientes estudios: TARUFFO, M., (2010); y ALISTE SANTOS, T., (2012: 30-47).

26. Vid. MONTESQUIEU, (2003: 214), *Del espíritu de las leyes*, trad. esp., ed. Alianza, Madrid.

27. Estudiada ampliamente por DAMAŠKA, (1986:173 y ss.).

tos bajo el criterio de la eficiencia en ofrecer soluciones en términos de costes económicos y temporales con independencia de la justicia de esas soluciones. Se trata de una tesis en auge, y muy en boga en nuestros días, a través del impulso y promoción legislativa de los (ADR).

Esta pluralidad finalista determina forzosamente no solo la ordenación del proceso en general, sino también las cuestiones vinculadas a actos de alegación y prueba. Y todo ello, no nos olvidemos, en un contexto de exclusividad de la ley rituarial como fuente normativa en materia procesal. En este sentido, la mayor singularidad del derecho procesal respecto del resto de ramas del ordenamiento jurídico es la centralidad del sistema normativo de fuentes en torno a la ley. La ley es la fuente normativa por antonomasia del derecho procesal, aunque evidentemente eso no quiere decir que los principios jurídicos no tengan cierta eficacia y que el sistema de fuentes de derecho procesal se agote exclusivamente en la ley. La importancia de la ley como fuente del derecho procesal tan solo refleja la extraordinaria relevancia del principio de legalidad procesal, tal y como recuerda, por ejemplo, el art. 1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)²⁸.

28. Siempre cabe preguntarse si es posible admitir más fuentes normativas diferentes a la legislación procesal bajo una concepción amplia del principio de legalidad procesal. Pensemos que en muchos procesos, particularmente en el caso del derecho procesal civil, existe la posibilidad de realizar actos dispositivos sobre el objeto procesal por las partes (transacción, allanamiento, desistimiento, renuncia...). Con esto queremos evidenciar que la autonomía privada, expresada a través de los negocios procesales dispositivos celebrados por las partes, también juega un papel relevante siempre y cuando se ejerza en el estricto margen de la legalidad procesal: los acuerdos de naturaleza procesal tienen como límite claro el principio de legalidad procesal. Fuera de estos negocios procesales dispositivos, se advierte el uso forense como fuente procesal. Pero lo cierto es que la costumbre no es fuente de derecho procesal, si bien, como decimos, el uso forense es una especie de praxis de los profesionales jurídicos, que intervienen en los tribunales, así como la praxis forense de los jueces, magistrados y letrados de la Administración de Justicia, clásicamente conocida como *stylus curiae*, que pauta la forma de tramitar los procedimientos en cada tribunal cuando las leyes procesales no son claras ni precisas. Cabe referirnos también a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina jurídica. Respecto a los principios, debemos señalar que revisten un carácter orientativo para la interpretación y aplicación de la legislación procesal. Es así como debemos interpretar su recurso como fuente del derecho procesal (y del derecho en general a la luz del art. 1.4 del Código Civil). Los principios procesales suelen enunciarse recurriendo a viejos aforismos o brocados en latín; véase, entre otros: *nemo iudex sine actore* (principio dispositivo), *ne procedat iudex ex officio* (principio acusatorio), *auditor et altera pars* (principio de contradicción), *iudicium actus trium personarum* (principio de dualidad). En este orden de cosas, la jurisprudencia no es fuente normativa en el sistema de fuentes del derecho español sino meramente informadora (art. 1.6 Código Civil), pero resulta sin duda de gran relevancia especialmente la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Y, por último, la doctrina jurídica tampoco tiene carácter de fuente normativa, pero desde luego opera como fuente informadora del derecho procesal. Frecuentemente, los análisis y estudios doctrinales son aceptados y sus soluciones incorporadas por el legislador y los tribunales, reflejándose en leyes y sentencias.

2.2. Principios orientadores del proceso civil que inciden en materia probatoria

Cuando hablamos de los principios orientadores del proceso jurisdiccional solemos plantearlos de forma muy generalista y abstracta, pero sin duda estos tienen una proyección muy concreta en cada tipo de proceso e, indudablemente, inciden en la dialéctica procesal del conjunto de los actores de la litigación, así como determinan el marco estructural que legalmente constriñe el esfuerzo epistemológico de las partes y del juez en su afán por inferir certezas en torno a las afirmaciones sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, al objeto de dilucidar tanto la veracidad de dichas afirmaciones, como su falsedad o insuficiencia al efecto de colmar la elemental certeza judicial en torno a la *quaestio facti*. De este modo, los principios procesales condicionan sobremanera toda la estructura del proceso, haciéndose particularmente notorios en la estructura y desarrollo del procedimiento probatorio.²⁹

Debemos distinguir claramente dos grandes grupos de principios presentes cuando nos adentramos en la estructura del proceso jurisdiccional: principios del proceso y principios del procedimiento. Por una parte, los denominados «principios del proceso», que hacen referencia a las características internas del proceso judicial. Serían principios que informan del proceso desde la perspectiva interna. Dentro de este grupo tenemos los siguientes: En primer lugar, una serie de principios nucleares comunes en todo tipo de procesos: principios de dualidad, audiencia o contradicción, igualdad. En segundo lugar, diversos principios específicos que atienden a tipos concretos de procesos: principio dispositivo y de oficialidad, principio de aportación de parte —también denominado justicia rogada— y principio de investigación oficial, principio de libre valoración de la prueba y principio de valoración legal de la prueba, principios acusatorio e inquisitivo. Por otra parte, los «principios del procedimiento», que hacen referencia a la vertiente externa de las actuaciones procesales. En este grupo tenemos los principios de oralidad y escritura, el principio de inmediatez, los principios de concentración, preclusión y eventualidad, principios de publicidad y secreto, y, por último, el principio de impulso procesal de oficio.

A su vez, cabe realizar una nueva distinción adicional a la anterior, señalando qué principios son comunes a todos los procesos y cuáles son específicos a procesos concretos. Dentro de los principios comunes tendríamos el principio de dualidad de partes, el principio de audiencia, el principio de contradicción y el principio de igualdad.

29. Específicamente, resulta de gran interés para entender el juego de los principios en el proceso civil desde un enfoque comparado el siguiente trabajo: VVAA., (2022), *Los principios en el proceso civil: un análisis transversal desde Iberoamérica*, ed. Palestra, Lima.

El principio de dualidad de partes implica que todo proceso es una especie de binomio de posiciones enfrentadas: véase el caso del demandante y el demandado o el acusador y el acusado en los procesos de primera instancia. El principio de dualidad presupone también la contradicción —el enfrentamiento— en torno a esas dos posiciones diferenciadas en todo proceso, salvo, naturalmente, en el ámbito de la denominada «jurisdicción voluntaria», carente por su propia naturaleza de contradicción.

El principio de audiencia se plasma en el viejo aforismo latino que reza *auditur et altera pars*, que refleja sintéticamente la importancia de dicho principio. Las partes deben ser oídas. Este principio está íntimamente vinculado al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción del art. 24.1 CE y, por supuesto, al derecho fundamental de defensa, proscribiendo que cualquier litigante quede en indefensión (como también recoge ese art. 24.1 CE). Cualquier negación, legalmente injustificada, a cualquiera de las partes de oportunidades de alegar y probar ante el tribunal competente, supone una flagrante violación de este principio. Las partes, conforme al principio de audiencia, tienen el derecho de alegar y de probar ante el juez. Pocas excepciones existen al principio de audiencia, pero destaca entre ellas la adopción de medidas cautelares inaudita parte, en caso de urgencia, ofreciendo posteriormente a su acuerdo la posibilidad de oposición.

Unido a ellos, el principio de contradicción está íntimamente ligado al principio de dualidad de posiciones procesales y es consecuencia de este. Se trata de un principio medular en la estructura de todo tipo de procesos, y muy especialmente en los procesos civiles y penales. Dos siglos de positivismo formalista con legisladores y procesalistas empeñados en abogar por una concepción mecanicista del proceso, entendido como mera concatenación de actos procesales, no han logrado enterrar la esencia del proceso, que históricamente siempre se entendió como cauce del contradictorio³⁰. Las partes tienen la oportunidad de disputar, en el marco de la dialéctica procesal, con el objetivo de coadyuvar a la adecuada formación de la convicción judicial que permita adquirir certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por ambas partes y aplicar consecuentemente el derecho que corresponde para resolver la situación jurídica. Para ello las partes tienen oportunidad de contradecir, conociendo primero las alegaciones y pruebas de la respectiva contraparte, y, en su caso, refutando o no lo alegado y probado por aquella.

Cierra este elenco de principios comunes a cualquier tipo de procesos, el principio de igualdad. Se trata de otro de los grandes principios procesales, esta-

30. CARNELUTTI, F., (1949: 165 y ss.).

blecido al objeto de modular equilibradamente las posibilidades de ataque y de defensa de las partes a lo largo del proceso. Por ello recibe también el nombre de igualdad de armas y está estrechamente ligado a los dos principios anteriores. Busca, en definitiva, el equilibrio en las oportunidades de actuación de ambas partes a lo largo del proceso.

En cuanto a los principios específicos, adviértase también su repercusión y condicionamiento epistemológico en materia probatoria: Véanse los antagónicos principio dispositivo y principio de oficialidad. Se trata de dos principios que delimitan el modo de iniciar el proceso, así como el objeto del mismo. El principio dispositivo rige en la mayoría de los procesos civiles, aunque no es exclusivo del orden civil. Conforme al principio dispositivo son las partes quienes tienen la capacidad de iniciar el proceso de forma exclusiva, siendo imposible que el órgano judicial decida incoar de oficio actuaciones en aquellos procesos donde este principio rige. El proceso comienza a instancia de parte. Además, las partes delimitan el objeto procesal; es decir, la materia sobre la que trata el proceso concreto, debiendo dictarse sentencia congruente con lo pedido por las partes. Las partes bajo el principio dispositivo son también las dueñas de la litis, y tienen amplias facultades de disposición del proceso, afectando su continuidad. Así, en virtud de la voluntad de las partes se pueden realizar actos de terminación anticipada del proceso (renuncia, allanamiento, desistimiento, transacción, sumisión a mediación o arbitraje o solicitar la suspensión del proceso: vid. art. 19 LEC. Por el contrario, el principio de oficialidad, que habitualmente solemos vincular a los procesos penales, sin embargo, no es exclusivo de estos, pero sí, como decimos, una especie de antagonista del principio dispositivo, porque la facultad de inicio del proceso puede corresponder también al órgano judicial y no solo a las partes. La materia objeto del proceso queda delimitada tanto por las partes como por el juez. La sentencia debe ser congruente con lo pedido por las partes con el objetivo de preservar la imparcialidad judicial. Bajo el principio de oficialidad la voluntad de las partes sobre la continuidad del proceso tiene una importancia cualitativamente menor que en el principio dispositivo (en el caso español, fijémonos que incluso en el proceso penal, allá donde impera este principio, el denominado consenso penal solo surte efectos a través de la denominada conformidad cuando la ley lo establece). Véanse también el principio de justicia rogada (aportación de parte) y su contrario; esto es, el principio de investigación oficial. De nuevo a poco que examinemos ambos vemos cómo indican y condicionan no solo de forma abstracta determinados procesos sino la materia probatoria concreta que se recoge en cada uno de ellos. Se trata de dos principios antagónicos como los anteriores y muy ligados a ellos. El principio de aportación de parte está vinculado al dispositivo y el de investigación oficial al principio de oficialidad. No obstante, en ocasiones aparecen entremezclados: véase el caso de los procesos especiales del art. 748 LEC. El principio de aportación de parte tiene

sede normativa en el art. 216 LEC e implica que el juez no puede juzgar sino en función de lo alegado y probado por el esfuerzo de las partes y nunca puede juzgar en conciencia: *iudex debet iudicare secundum allegata et probata, non secundum propriam conscientiam*. Desde luego, es un principio que admite modulaciones, y así se ve en los arts. 429. 1. II de la LEC y 729.1 LECrim, en los que se establece cierta capacidad de iniciativa *ex officio iudicis*. El principio de investigación oficial implica que la iniciativa para buscar y aportar material probatorio no es exclusiva de las partes y también puede ejercerla el órgano judicial. Esto se ve, por ejemplo, en la fase instructora de los procesos penales, pero una vez abierto juicio oral seguimos viendo manifestaciones del principio de investigación oficial en el proceso penal: práctica de diligencias de prueba más allá de las propuestas por las partes en virtud del art. 729.2 LECrim.

Siguiendo nuestra exposición, un nuevo binomio de principios antagonistas vuelve a incidir, y de qué modo, en la teoría procesal de la prueba. Me refiero al impacto del principio de libre valoración de la prueba y el principio de la prueba legal o tasada. Ambos principios afectan al modo de valorar el material probatorio. El principio de libertad de valoración implica que la prueba sujeta al mismo se valora sin ningún tipo de condicionamiento por el juez: valoración libre que debe justificarse a través de la motivación judicial de dicho ejercicio valorativo. El principio de valoración de la prueba legal o tasada opera en ciertos medios de prueba, los denominados «documentos públicos», e implica que el juez está constreñido por ministerio de la ley en cuanto a la forma de valorarlos. Así, por ejemplo, siguiendo el art. 319.1 LEC, los documentos públicos hacen plena prueba. Y del mismo modo, según el art. 326 LEC, los documentos privados no impugnados por la contraparte a quien perjudiquen.

3. Dogmática probatoria en el proceso civil español

En el proceso civil español, al igual que sucede en el resto de los procesos judiciales, los fundamentos de la prueba están estrechamente vinculados a la perspectiva dialéctica de la argumentación jurídica, por utilizar una terminología propia de los filósofos del derecho que se ocupan de la argumentación en el proceso, y que los procesalistas habitualmente designamos como la praxis del contradictorio procesal³¹. Adviértase que la disputa entre los actores de la litigación civil tiene en la praxis del contradictorio procesal su momento más crucial, porque tanto en las alegaciones que conducen la proposición como en el debate sobre admisibilidad o inadmisibilidad de los medios de prueba, al

31. Para un análisis exhaustivo en esta materia vid. BANACLOCHE PALAO, J., coord.: (2019). Magna obra integrada por cuatro volúmenes de los siguientes autores: LÓPEZ SIMÓ, F., y ALBA CLADERA, F. (2019); CHOZAS ALONSO, M., (2019); ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., (2019); y ZARZALEJOS NIETO, J., (2019).

igual que en la argumentación y, en su caso, refutación de cada uno de ellos, los actores de la litigación, bajo el influjo de los principios de oralidad y aportación de parte, en una atmósfera procesal característicamente de justicia rogada como se trata en la mayor parte de procesos civiles, desenvuelven su arte de argumentar con el objetivo ya sea de convencer o ya de persuadir al juez sobre la solidez de los razonamientos probatorios respectivos. En esta atmósfera no podemos olvidarnos nunca que el razonamiento probatorio tiene marcadas limitaciones tanto temporales como legales y que dentro de ese margen limitado se ha de tratar probar³². Este esfuerzo probático resulta tanto más arduo cuanto mejor delimite cada una de las partes en disputa el objeto de la controversia³³. Por ello, de las afirmaciones sobre los hechos en disputa tan sólo podrá obtenerse «certeza» si y sólo si la praxis de dicho contradictorio procesal arroja inferencias que conduzcan al juzgador a decidir en su sentencia más allá de la mera probabilidad de la existencia de los hechos³⁴, haciendo un juicio en congruencia con el esfuerzo efectuado por las partes alegando y probando los hechos en disputa bajo el corsé legal —y garantista³⁵— en el que forzosamente ha de desarrollarse la actividad probatoria en el proceso civil.

3.1. Concepto y características generales de la prueba

La prueba es la actividad dirigida a obtener el convencimiento del órgano juzgador acerca de la veracidad de las afirmaciones de los hechos alegados por las partes. Por supuesto, el concepto de prueba sí presenta un planteamiento teológico que lo vincula metodológicamente hablando a la búsqueda de la verdad. No obstante, la legislación procesal suele evitar estas digresiones conceptuales y prefiere centrarse en qué es objeto de prueba dejando el tema

32. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., (2010: 113 y ss.).

33. Vid. DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (2022).

34. En esta materia el derecho procesal canónico lleva con mucho la delantera al derecho procesal secular tanto de los ordenamientos de *civil law* como de *common law*, porque dentro del sistema de libre valoración probatoria la *certitudo moralis* canónica es el criterio más sofisticado que existe para obtener certeza sobre la existencia de los hechos. Ni la sana crítica del modelo español, ni la *preponderance evidence* del *civil procedural law* del *common law* estadounidense, y ni siquiera la célebre *beyond an reasonable doubt* del *criminal procedural law* del *common law* en general, llegan a colmar las exigencias metodológicas que sí cubre el criterio de convicción judicial de la certeza moral canónica. Sobre este tema, vid. DELLA ROCCA, F., (1961:275); GROCHOLEWSKI, Z., (1997:421); LLOBELL TUSET, J., (1989:155); Idem, (1998:771); ALISTE SANTOS, T., (2010:651-672).

35. CALAZA LÓPEZ, S., (2022a: 251-268). Como dice la autora: «nos planteamos, en esencia, si la prueba civil —tanto física como electrónica— es una garantía de veracidad, esto es, si el resultado probatorio alcanzado en el proceso civil, dónde el Juez debe mantener un prudente equilibrio de fuerzas probatorias, puede asociarse a la única realidad de los hechos, equiparada a la verdad natural o hemos de conformarnos —y con ello, comprometer la Justicia de la respuesta— con la obtención de resoluciones judiciales adaptadas a una realidad procesalmente administrada, no siempre coincidente con esa inalcanzable verdad natural», *Op. cit.*, pp. 252 y 253.

conceptual fuera de los cuerpos procesales. Así sucede en el caso español cuando el art. 281.1 LEC refiere que «la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso». Adviértase que esta definición es pacífica y compartida tanto en los sistemas de *civil law* como de *common law*, porque en ambos modelos procesales los actores de la litigación proyectan su estrategia al efecto ya sea de convencer en el mejor de los casos, o simplemente de persuadir al tribunal sobre la certeza de sus afirmaciones en torno al relato probatorio formulado, con independencia de que dicho tribunal en su análisis de la *quaestio facti* esté constituido por jueces o jurados³⁶.

La prueba en el proceso civil español, y en general el conjunto de la actividad probatoria en cualquier proceso, viene enmarcada por las siguientes características fundamentales³⁷:

En primer lugar, la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 (en adelante, LEC) es la fuente normativa exclusiva en materia de prueba civil, derogándose las disposiciones en materia probática que había en el Código Civil, en virtud de la disposición derogatoria de la LEC.

El derecho a la prueba se configura como un derecho de nítido fundamento constitucional, a tenor del art. 24.2 CE., derecho a la prueba que implica garantizar tanto la forma de admisión, y eventual rechazo motivado de una determinada prueba como la efectiva práctica de la misma una vez admitida³⁸. Además, es un derecho expresamente reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 3 de septiembre de 1953, generando una notable jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁹.

36. Pensemos que la institución del jurado en algunos sistemas de *common law* no se circunscribe al ámbito estrictamente procesal penal, sino que también interviene en determinados procesos civiles, que históricamente han sido susceptibles de enjuiciamiento por el sistema de jurados en los sistemas de *common law*. Ejemplo paradigmático de ello es el procedural *civil law* estadounidense, en el que aun gran número de asuntos civiles es susceptible de conocimiento ante tribunales civiles integrados por jurados, vid. Sobre el particular ALISTE SANTOS, T., (2013: 280-282).

37. Vid., entre otros, MUÑOZ SABATE, L., (2001); LORCA NAVARRETE, A., (2023a).

38. Existe un gran acervo de jurisprudencia constitucional en la materia, vid., entre otras, las siguientes sentencias: Sala Segunda. STC 116/1983, de 7 de diciembre. Recurso de amparo 109-1983. Recurso de amparo por denegación de la suspensión del juicio oral para la práctica de prueba testifical. Sala Primera. STC 40/1986, de 1 de abril. Recurso de amparo 441-1985. Recurso de amparo contra Auto que denegó la práctica de determinadas diligencias de prueba. Sala Primera. STC 50/1988, de 22 de marzo. Recurso de amparo 960-1986. Recurso de amparo por supuesta vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba.

39. Vid., entre otras, las siguientes sentencias: STEDH de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski v. Los Países Bajos* y STEDH de 14 de diciembre de 1999, caso *A.M. v. Italia*.

La práctica de la prueba debe hacerse conforme los principios del art. 289 LEC (seguimiento del principio de contradicción, principio de publicidad, igualdad de armas...), siguiendo un *iter* procedimental preciso, marcado por estrictas reglas formales en cuanto a propuesta, admisión y práctica. Igualmente, la práctica de la prueba debe realizarse en tiempo procesal determinado sin generar indefensión (24.1 CE)⁴⁰.

Además, toda actividad probatoria en concreto está orientada por las siguientes características específicas: 1) Los hechos controvertidos deben alegarse siempre por las partes. 2) Las partes deben proponer la realización de prueba que ha de admitirse o inadmitirse por el tribunal después⁴¹. 3) La práctica de la prueba debe ser necesaria, lícita o pertinente, y de acuerdo a los requisitos del artículo 289.1 LEC. Además, la práctica de la prueba debe tramitarse en tiempo y forma⁴², cuestión obviamente que constriñe a practicar prueba antes de precluir el plazo legal establecido para los actos de alegación, sin perjuicio de los hechos nuevos o de nueva noticia que ocurriesen o lleguen a conocimiento de las partes antes del plazo para dictar sentencia en conformidad con lo dispuesto por el art. 286 LEC⁴³.

3.2. Hechos exentos de prueba en el proceso civil español

Cuando el juez analiza los hechos de la causa, debe distinguir dos tipos de hechos diferenciados por el tratamiento jurídico respectivo: En primer lugar, los denominados *hechos controvertidos*, que siempre son el objeto de actividad probatoria. Y, en segundo lugar, los llamados *hechos exentos de prueba*. Dentro de los cuales, a su vez, cabe diferenciar los siguientes: 1) *Hechos no controvertidos*. Se trata de los hechos afirmados por ambas partes en conformidad, o bien afirmados por una de las partes y admitidos por la otra, incluso los hechos afirmados por una parte y no rebatidos por la otra (aceptación implícita): véase el art. 283.1 LEC. 2) *Hechos notorios*. Art. 281.4 LEC: se trata de aquellos hechos que «gozan de notoriedad absoluta y general». ¿Cuáles son los hechos notorios? Hechos de fama pública conocidos por personas de cultura media. Ejemplos existen muchos: lugares geográficos, fechas y datos históricos, datos de las ciencias y las artes conocidos por el ciudadano medio, etc.

40. Vid., entre la rica jurisprudencia constitucional al respecto, la pionera STC 89/1985, de 19 de julio, referida al caso del Banco Central.

41. Sobre inadmisión indebida de prueba, vid., entre otras, la STC 14/2011, de 28 de febrero, y la STC 174/2008, de 22 de diciembre.

42. Vid. STC 149/1987, de 30 de septiembre, y 212/1990 de 20 de diciembre.

43. Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R., (2006).

Ante esta clase de hechos rige un viejo aforismo latino (de la época del *ius commune*) que reza aquello de *notoria non egent probatione*⁴⁴.

En cualquier caso, la regla general en materia de hechos viene dada por el art. 405. 2 LEC cuando afirma que las partes deben manifestarse en sus escritos de alegaciones sobre los hechos alegados por la parte contraria admitiendo o negando (en contestación a la demanda). Idéntica posibilidad tiene el demandante reconvenido frente a los hechos alegados por el demandado en su demanda reconvenicional: art. 407.2 LEC.

Respecto a la admisión de los hechos alegados por una de las partes y sus efectos en cuanto a la parte que lo hace, debemos decir que dicha admisión determina la exención de prueba sobre tales hechos, a tenor del art. 281.3 LEC, existiendo dos variantes de admisión: 1) Admisión expresa: arts. 399.1, 405.1 y 2 LEC. No obstante, tengamos en cuenta que no hay posibilidad de admisión de hechos fuera del margen natural que imprime el principio dispositivo en los procesos civiles. Y 2) Admisión tácita: en todos aquellos supuestos donde queden constatadas evasivas a pronunciarse sobre hechos que sean enteramente perjudiciales para la parte (art. 405.2 LEC)⁴⁵.

3.3. Objeto de la prueba

Dentro del objeto de prueba existe un conglomerado de afirmaciones no siempre estrictamente factuales como inmediatamente tendremos ocasión de analizar. Básicamente, en el sistema procesal civil español pueden ser objeto de prueba tres categorías conceptuales diferenciadas, a saber: 1) Las «afirmaciones fácticas». Aparecen configuradas en el art. 281.1 LEC. Según GUASP, la actividad probatoria tiene como objeto los datos comprendidos en las alegaciones oportunamente deducidas por las partes, y en particular las afirmaciones sobre los hechos alegados⁴⁶. 2) Las «máximas de experiencia». Según la definición de STEIN⁴⁷, las máximas de experiencia se tratan de definiciones o juicios hipotéticos de cualquier contenido, independientes del caso que se examina en el proceso concreto y de los hechos que lo componen, y de los cuales se han inducido y tienen validez para otros casos. Ejemplos: la diligencia del

44. Sin embargo, esto no significa que no se haya generado una interesante jurisprudencia para apreciar tanto la existencia de notoriedad como la necesidad de ser alegados, atendiendo a las circunstancias del caso. Vid. STS 4 de febrero de 1998 (RJ 1998/618), STS 3 de febrero de 2016 (RJ 2016/1), STC 143/1987, de 23 de septiembre y STC 59/1986, de 19 de mayo.

45. Vid. SIGÜENZA LÓPEZ, J., (2018: 705 y 706).

46. Vid. GUASP DELGADO, J., (1945:25 y ss.).

47. STEIN, F., (1988:27).

buen padre de familia, generalizaciones a partir de la experiencia inductiva, tales como el hecho de ser peligroso conducir en condiciones meteorológicas muy adversas, el hecho de conducir bajo efectos de embriaguez, etc. Las máximas de experiencia son ciertamente un concepto jurídico indeterminado que debe diferenciarse del concepto que se recoge bajo la idea de hechos notorios. Los hechos notorios tienen como objeto de conocimiento los hechos, mientras que las máximas de experiencia se refieren exclusivamente a conceptos diferenciados del material fáctico. Y 3) las «alegaciones de derecho». La regla general es que el derecho lo conoce el tribunal en atención del principio *iura novit curia* (arts. 7 CC y 11.3 LOPJ). Pero dicha regla no es absoluta, sino que como regla opera solo para el derecho escrito, interno y general. En este sentido, el derecho no necesita ser probado, salvo estas dos excepciones: De un lado, la prueba de la costumbre. De otro, la prueba del derecho extranjero⁴⁸. Así las cosas, tanto la costumbre como el derecho extranjero pueden ser objeto de prueba, a tenor del art. 281.2 LEC, aunque la prueba de la costumbre no es necesaria si hay acuerdo de las partes sobre la misma y se trata de una costumbre que no contraría el orden público.

3.4. Fuentes y medios de prueba

Debe distinguirse claramente entre fuentes y medios de prueba por aludir a realidades conceptuales claramente diferenciadas. En este sentido la doctrina procesal diferencia perfectamente ambos conceptos: Bajo el paraguas conceptual de «fuentes de prueba» se trata de referir a los elementos fácticos que existen en la realidad. El concepto «fuentes de prueba» es de carácter metajurídico y alude a una realidad preexistente al proceso e independiente a este, algo existente en la realidad per se y que tiene un marcado carácter extrajudicial. Por otra parte, a diferencia de las fuentes de prueba, el concepto «medios de prueba» refiere una realidad exclusivamente procesal; se engloban bajo este paraguas conceptual distintos instrumentos procesales a través de los cuales se plantea la actividad para incorporar las fuentes de prueba al proceso. Los medios de prueba serían un concepto propio del derecho procesal y sin recorrido alguno fuera del proceso.

En cualquier caso, interesa subrayar la relevancia de la relación jurídica que existe entre fuentes y medios de prueba, porque de esa relación depende la utilidad, idoneidad y admisibilidad de los medios en atención a la información que cada fuente de prueba contiene y su pertinencia o adecuación al objeto procesal específico. Es decir, de la relación existente entre fuentes y medios de

48. Sobre prueba del derecho extranjero vid. YBARRA BORES, A., (2022: 522-558).

prueba dependen cuestiones tan importantes como la pertinencia o impertinencia de los diversos medios, su utilidad, su admisibilidad y, finalmente, el resultado que su práctica arroje para formar la convicción judicial sobre los hechos probados.

La LEC española refiere en su art. 299.1 los diversos medios de prueba que existen no sólo en el proceso civil sino en todo tipo de procesos: Interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, interrogatorio de los testigos. Además, señala el art. 299.2 LEC que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso». Por otro lado, según el art. 299.3 LEC, «cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

3.5. Iniciativa probatoria

En materia de iniciativa probatoria se articulan las reglas que establecen quién debe ordenar la proposición procesal de la prueba. En este sentido, operan las siguientes reglas:

Regla general: iniciativa probatoria a instancia de parte. Conforme el art. 282 LEC, el principio de aportación de parte gobierna la iniciativa probatoria de acuerdo con el principio dispositivo del art. 216 LEC. Existe una excepción a este régimen general, que plantea la prueba de oficio cuando expresamente lo establezca la ley, tal es el caso que se contempla en el art. 339.5 LEC (designación de peritos por el tribunal) y el art. 441.2 LEC (reconocimiento judicial o peritación en casos de obra nueva).

Y, además de la regla general, el proceso civil español también plantea una suerte de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, que hunde sus raíces en el viejo *ius commune* medieval⁴⁹. Este supuesto aparece reconocido en el art. 429.1. III LEC: «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

49. Sobre este particular, vid. PICÓ i JUNOY, (2007); ALISTE SANTOS, T., (2012).

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».

Debemos advertir que esta clase de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, tan común en otros muchos procesos civiles fieles a la tradición de los sistemas de *civil law*, suele dejar perplejos a los juristas de *common law*, los cuales con cierta displicencia —e ignorancia— suelen descalificar los modelos procesales —civiles y penales— de los sistemas de tradición romanista, acudiendo para ello al usual calificativo de *inquisitive system*, precisamente por autorizar esta clase de poderes a nuestros jueces. Sin embargo, me parece que el calificativo resulta impertinente respecto a los modelos procesales civiles de los sistemas de *civil law* que no se cierran a una exclusiva iniciativa probatoria de las partes en materia de prueba. La iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no autoriza una suerte de activismo judicial a nuestros jueces. No rompe su necesaria neutralidad respecto a las partes en el proceso civil específico, pero sí contribuye al esclarecimiento de los hechos y promueve o anima a que las partes se esfuercen más en la búsqueda de la verdad procesal⁵⁰. Ciertamente, se trata de un caso excepcional que autoriza al juez en cuanto iniciativa probatoria a su planteamiento en fase de audiencia previa, pero siempre que ello no comprometa su necesaria imparcialidad judicial, y no cause una interferencia en cuanto al normal desarrollo del principio de aportación de parte, verdaderamente protagonista en el proceso. Por ello, nótese que el juez no puede proponer ningún tipo de prueba diferente a lo propuesto por las partes, sino advertir a estas que con el material probatorio aportado se evidencia insuficiencia para formar adecuadamente la convicción judicial, y, en todo caso, y siempre conforme a los elementos probatorios que consten en autos, podrá proponer pruebas, sin desequilibrar el necesario desarrollo del principio de aportación de parte.

3.6. Admisión de prueba y prueba ilícita

Siguiendo con la cuestión probatoria en el proceso civil español, una vez propuestas pruebas en audiencia previa al juicio ordinario (art. 414.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.3 LEC), el tribunal resolverá sobre admisión o inadmisión de la prueba. En esta fase de admisibilidad aparece una de las cuestiones más relevantes en torno a los poderes decisorios de los jueces civiles y la motivación del ejercicio reglado de la discrecionalidad judicial⁵¹, porque lógica-

50. En este mismo sentido, vid. PICÓ i JUNOY, (2008: 309-334).

51. ABEL LLUCH, X. (2010:155-184).

mente no todo lo que las partes proponen es susceptible de admitirse a prueba, y por ello no procederá la admisión si las pruebas no son pertinentes o útiles, como afirman los arts. 429.2 LEC y 443.3 LEC⁵². La inadmisibilidad de la prueba resulta de su determinación como tal por el órgano jurisdiccional que puede declararla en atención a alguno de los siguientes conceptos:

- a) Prueba impertinente. A tenor del art. 283.1 LEC no se admitirá ninguna prueba que no guarde relación con lo que sea objeto del proceso. En este sentido, fijémonos que el art. 24.2 CE recoge la exigencia de utilizar medios de prueba pertinentes. ¿Qué se entiende por pertinencia? Siguiendo la STC 51/1985, de 10 de abril, «la pertinencia es la necesaria relación entre los medios propuestos y el objeto del litigio». Por tanto, no existe un derecho absoluto e incondicionado de las partes a la práctica de todas las pruebas: solo se practican aquellas que tengan conexión con el litigio.
- b) Prueba inútil o inconducente: art. 283.2 LEC. Se diferencia de la pertinencia o trascendencia en que pueden rechazarse por inútiles excesivos medios de prueba dirigidos en idéntico sentido. Un ejemplo de ello sería la limitación del número de testigos conforme recoge el art. 363 LEC: «Las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado. Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado».
- c) Prueba obtenida ilegalmente: art. 283.3 LEC. La prueba ilegal refiere cualquier actividad probatoria prohibida expresamente por la ley. La prueba ilegal queda, así, excluida de integrar el objeto de la prueba. Un ejemplo de prueba ilegal aparece en el propio texto constitucional cuando el art. 16.2 CE refiere la prohibición de obligar a terceros a declarar sobre las convicciones, ideología, religión o creencias.
- d) Prueba ilícita⁵³: art. 287.1 LEC. La diferencia con la prueba ilegal radica en que la prueba ilícita se refiere a la utilización de medios de prueba vulnerando para ello derechos fundamentales, aunque la distinción legislativa entre ambas figuras resulta redundante. Es decir, *a priori* la prueba ilícita no constituye una prueba prohibida por la ley, pero su praxis sí arroja un resultado ilícito al contravenir derechos fundamentales: por ejemplo, la violación de la intimidad de las comunicaciones cuando se procede a la

52. Exigiéndose naturalmente el deber de motivar con exhaustividad la decisión de inadmisión de prueba, vid., entre otras, la STC 359/2006, de 18 de diciembre de 2006.

53. Entre la jurisprudencia más reciente e interesante sobre ilicitud de la prueba vid. STC 97/2019, de 16 de julio, que restringe conceptualmente el alcance de la prueba ilícita.

práctica de escuchas ilícitas, o la vulneración de la intimidad domiciliaria practicada a través de entradas y registros no autorizados judicialmente. La prueba ilícita se proyecta sobre las fuentes de prueba.

La ilicitud de la prueba propuesta y su eventual inadmisión conllevan un escrupuloso tratamiento procesal⁵⁴. Conforme el art. 11.1 LOPJ la prueba ilícita admite un doble tratamiento para su control: a instancia de parte (art. 287.1 LEC) y *ex officio iudicis* (art. 287.1 LEC). Bien sea en uno u otro caso, se desarrolla fase de contradicción en el juicio oral o en la vista (dependiendo del tipo de procedimiento). Y, finalmente, se emite resolución sobre la ilicitud de la prueba cuestionada, dictando el juez auto motivado contra el cual cabe recurso de reposición, a tenor del art. 287.2 LEC. En todo caso, la prueba judicialmente considerada ilícita se concibe como prueba ineficaz⁵⁵.

3.7. Carga de la prueba

En materia de carga probatoria se ha escrito abundantemente desde hace tiempo, llegando incluso la doctrina más autorizada a entender la inutilidad de fijar reglas objetivas de esta materia por ser bastante artificiales una vez queda claro que quien afirma algo debe probarlo⁵⁶. Sin embargo, en el proceso civil español, aún en nuestros días, existen diversas reglas que tratan de disciplinar esta materia. Así de un lado, contamos con la regla general: *onus probandi incumbit ei qui asserit*, siguiendo el art. 217.2 LEC. Efectivamente, aquel que afirma algo será el encargado de probar lo afirmado. Así las cosas, naturalmente se desprende como consecuencia lógica este otro viejo aforismo jurídico que reza *actore non probante reus absolvitur* (si el actor no llega a probar, procede la absolución del contrario).

En cuanto la norma de practicar la carga de prueba (*onus probandi*), la legislación procesal civil española recoge varias reglas precisas: En primer lugar, la carga de la prueba corresponde al actor y, en su caso, al demandado reconviniendo (art. 217.2 LEC). En segundo lugar, necesariamente deben hacerse cargo de la prueba de sus propias afirmaciones el demandado y, en su caso, el actor

54. Vid. BELLIDO PENADÉS, R., (2010:77-114). Igualmente, ARMENTA DEU, T., (2011).

55. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., (2004: 91-108).

56. Vid. NIEVA FENOLL, J., FERRER BELTRÁN, J., GIANNINI, L., (2019) Elocuentemente, señala NIEVA FENOLL que «la carga de la prueba es una institución propia del proceso romano-canónico medieval, ajena a los cuatro sistemas procesales romanos, que tendría que haber desaparecido con la introducción de la libre valoración de la prueba. Sin embargo, la inercia doctrinal y jurisprudencial en la utilización de los conceptos tradicionales, así como la conservación de un proceso bifásico —como el romano-canónico— en los sistemas de origen anglosajón, han favorecido la persistencia de una noción que, observada con objetividad, ha dejado de tener cualquier sentido práctico legítimo en los procesos judiciales actuales». Vid. NIEVA FENOLL, J., (2023:39).

reconvenido (art. 217.3 LEC). Además, se plantean reglas de carga de la prueba en casos especiales: De un lado, el art. 217.4 LEC prescribe que en supuestos de competencia desleal y publicidad ilícita se invierte la carga de la prueba correspondiendo al demandado. Y el art. 217.5 LEC fija otra regla de carga de prueba especial en los casos de discriminación por razón de sexo, orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, señalando que se produce inversión de la carga de la prueba que corresponderá al demandado frente a la parte actora, una vez que la parte actora acredite en sus alegaciones indicios fundados sobre la existencia de dicha discriminación.

En todo caso, no puede afirmarse que las reglas en torno a la carga de la prueba sean rígidas, porque la LEC reconoce ampliamente la disponibilidad y flexibilidad probatorias: así los arts. 217.6 y 7 LEC se dirigen a facilitar la distribución subjetiva de la carga de probar a la parte que esté en mejores condiciones de hacerlo. Cuestión que nos conduce a la praxis del caso concreto, relativizando mucho la reglamentación rígida con la que a primera vista se configura la materia del *onus probandi*.

3.8. Valoración de la prueba

En el derecho procesal civil español, al igual que sucede en la mayoría de los sistemas procesales civiles contemporáneos, la valoración de la prueba constituye una fase crucial en la que el juez procede a realizar un examen de las afirmaciones factuales recogidas cada medio de prueba propuesto, constituyendo una suerte de pre-evaluación de la *quaestio facti* necesaria al efecto de motivar posteriormente su sentencia. Se tratan sin duda, de una de las etapas procesales más interesantes y difíciles de analizar. No en vano la doctrina española viene preocupándose desde hace algunos años en analizar la fundamentación racional de esta etapa valorativa del material probatorio⁵⁷. A través de la valoración de la prueba el juez obtiene convicción sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones fácticas y excepcionalmente jurídicas que integran el *thema probandi*. Históricamente, como hemos tenido ocasión de exponer en el excursus histórico (vid., epígrafe 1), existen dos sistemas de valoración de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico procesal: Por un lado, el «sistema de prueba legal o tasada», que en los procesos civiles se manifiesta en los arts. 319.1 y 326.1 LEC en cuanto a la forma de valorar los documentos públicos y los privados no impugnados por la contraparte. La valoración en esos casos atiende a la realidad del documento y a lo que en dicho documento aparece

57. TARUFFO, M., (1992); TARUFFO, M., (2008: 131 y ss.). FERRER BELTRÁN, J. (2007); NIEVA FENOLL, J. (2010.)

reflejado, sin entrar a valorar más. Por otro, tenemos el «sistema de libre valoración de la prueba». Es el sistema más usual y generalizado entre los diversos medios de prueba. Así se ve en los arts. 316, 326.2, párrafo II, 348, 376 y 384.3 LEC. Se trata de un sistema de valoración muy generalizado en los modelos procesales occidentales, y, por lo tanto, definido por reglas que actúan como estándares en la materia y gobiernan la libertad de valoración en los diversos ordenamientos de *civil law* y *common law*: «íntima convicción» (orden penal), «sana crítica» (orden civil), «verosimilitud», «probabilidad», *beyond any reasonable doubt* (*criminal procedure*), *preponderance evidence* (*civil procedure*). Quizás de todas estas reglas la más sofisticada sea la denominada «certeza moral», desarrollada por el procesalismo canónico (vertientes subjetiva y objetiva), véase el canon 1608 § 1 del *Codex Iuris Canonici*⁵⁸.

Además, como expediente integrado en el marco conceptual del sistema de libre valoración podemos hablar de una suerte de «sistema de valoración en conjunto». Se trata de un sistema discutible que arroja bastantes problemas. Conduce peligrosamente a la construcción de narrativas judiciales⁵⁹ —las denominadas *story tellings* entre los juristas de *common law*—, que indefectiblemente puede llegar a soslayar el deber de motivar. La valoración en conjunto es pertinente de forma adicional siempre y cuando haya sido precedida de un análisis individual de pruebas específicas que arrojen certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos que tratan de probarse. La valoración en conjunto de todas las pruebas es complementaria a las mismas y no puede eludir su necesario análisis individual.

3.9. El procedimiento probatorio

El procedimiento probatorio establecido en la LEC gira en torno a los siguientes puntos fundamentales, exponemos aquí de forma muy esquemática la estructura metodológica del mismo seguida en el articulado de la LEC: 1) Forma de proposición de medios de prueba: art. 284 LEC. 2) Resolución sobre la admisibilidad de pruebas propuestas: art. 285 LEC. 3) Prueba de hechos nuevos o de nueva noticia: art. 286 LEC. 4) Ilícitud de la prueba: art. 287 LEC. 5) Sanciones por no ejecución de la prueba en tiempo previsto: art. 288 LEC. 6) Forma de práctica de las pruebas: art. 289 LEC. 7) Señalamiento para actos de prueba que se practiquen separadamente: art. 290 LEC. 8) Citación y posible intervención de las partes en la práctica de pruebas fuera de juicio: art. 291 LEC. 9) Obligatoriedad de comparecencia a la audiencia: art. 292 LEC. 10) Orden de

58. LLOBELL TUSET, J., (1998).

59. Vid. TARUFFO, M., (2007: 231-270).

práctica de los diversos medios de prueba: art. 300 LEC. Todo ello conduce a la estructura metodológica del procedimiento probatorio en curso lineal ideal, pero la realidad del procedimiento probatorio no obedece siempre a ese paradigma lineal y por ello la LEC introduce como cautelas correctoras de aquel esquema lineal la posibilidad de anticipar prueba (véanse los arts. 293 a 296 LEC) y medidas en torno al aseguramiento de prueba (arts. 297 y 298 LEC).

Específicamente, debemos tener en cuenta que la LEC no refiere el momento exacto de proposición de prueba, lo que nos lleva a entender que bien puede hacerse en la demanda y en la contestación, en fase de audiencia previa (juicio ordinario) o en la contestación del juicio oral. Por otro lado, la praxis de la prueba se desarrolla en el juicio oral o en la vista (dependiendo del carácter ordinario o verbal del procedimiento declarativo), sin obstáculo de la praxis fuera del tribunal en caso de reconocimiento judicial (art. 354.1 LEC). La práctica de prueba debe articularse con el debido respeto al principio de contradicción procesal, al principio de publicidad y a la inmediación, o documentación, dependiendo del caso (art. 289.1 LEC). Además, en muchos casos, la práctica del procedimiento probatorio se lleva a cabo ante la presencia exclusiva del letrado de la Administración de Justicia, como sucede, por ejemplo, en la presentación de documentos originales o copias auténticas, o el reconocimiento de autenticidad documental de un documento privado.

La LEC no contiene de forma expresa trámite de recibimiento a prueba, pero la falta de conformidad de las partes ante los hechos hace que se prevea tanto en el art. 429.1 LEC como en el art. 443.3 LEC vía para proponer y en su caso admitir o inadmitir pruebas y su práctica.

En el juicio ordinario la proposición de prueba se efectúa oralmente al final de la audiencia previa, pudiéndose aportar también escrito detallado de dicha proposición, expresando de forma singularizada cada medio de prueba y la forma de practicarlo (vid. 429.5. II LEC). El tribunal debe pronunciarse sobre cada medio de prueba propuesto por las partes (art. 285.1 LEC).

En cuanto al tiempo de la prueba, los medios de prueba propuestos y admitidos deben practicarse siguiendo el principio de unidad de acto en el juicio (art. 290 LEC), si bien se trata de una regla general con excepciones: 1) pruebas fuera de sede del tribunal (art. 290 LEC) y 2) praxis de prueba en momentos distintos (art. 290 y 429.4 LEC): prueba anticipada⁶⁰ y medidas de aseguramiento de prueba.

60. Vid. CALAZA LÓPEZ, S., (2022b:311-335).

3.10. Cooperación procesal internacional en materia de prueba

Debemos tener presente que en materia de cooperación procesal internacional la práctica y obtención de la prueba se rige por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional. Igualmente, debemos tener presente el régimen convencional internacional suscrito por España, en cuyo caso prevalecen las disposiciones de los tratados con independencia de lo dispuesto en la Ley 29/2015⁶¹. En esta materia debemos considerar los siguientes aspectos esenciales en cuanto al ámbito de aplicación de la cooperación internacional en materia de prueba: De un lado, si estamos en supuestos de obtención de pruebas en el extranjero solicitadas por tribunales españoles. De otro, si a la inversa del supuesto anterior, se trata de obtención de pruebas en España solicitadas por tribunales extranjeros. En este sentido, para el primer caso —solicitud de práctica de prueba por tribunales españoles en casos de cooperación procesal internacional— la materia se regula en los arts. 10 y 30 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional. Respecto al supuesto de praxis de prueba en España solicitada por tribunal extranjero: se lleva a cabo mediante comisiones rogatorias, articulándose conforme lo dispuesto en el art. 32.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional. No procederá la práctica si la persona designada justifica negativa, o exista una exención o prohibición, o bien se alegan motivos de oposición del art. 14 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional. En estos casos se devuelven al tribunal extranjero requirente todos los documentos expresando los motivos: arts. 32.2 y 3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional.

4. Medios de prueba y razonamiento probatorio

La LEC española, al igual que sucede con otros muchos cuerpos legales procesales tanto en los sistemas de *civil law* como en los sistemas de *common law* regula los diversos medios de prueba, así como el sistema de inferencias probatorias a través del establecimiento de presunciones, todo ello dirigido al esclarecimiento de la *quaestio facti*, tratando de averiguar la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en fase de alegaciones. Estamos ante cuestiones cruciales a la hora de integrar el «contexto de descubrimiento» con el «contexto de justificación», distinción que originalmente proviene de la teoría de la ciencia y WASSERTSTROM⁶² introduce posteriormente en el ámbito de la teoría del derecho. Siguiendo al autor, en mi opinión la distinción puede mantenerse desde un

61. Vid. PRATS JANÉ, S., (2022).

62. WASSERTSTROM, (1961:25-27).

enfoque realista de la argumentación, que desde luego nosotros podemos aceptar en la estructura procesal del razonamiento probatorio, porque la ordenación procesal de los medios de prueba y de la estructura general del razonamiento probatorio se presta a una interrelación de ambos contextos, profundamente imbricados en el curso de acción racional predispuesto por la propia estructura procesal. Todo ello repercute evidentemente en la motivación de la decisión judicial, que debe gozar, siguiendo la feliz distinción de WRÓBLEWSKI⁶³, tanto de «justificación interna» como de «justificación externa» si realmente dicha motivación es garantía de un razonamiento procesalmente correcto. En este orden de cosas, el sistema procesal civil español, como la mayoría de los sistemas de la tradición procesal del *ius commune*, es muy meticuloso. Recordemos que el art. 299 LEC recoge los diversos medios de prueba mediante los que pueden introducirse en el proceso civil las fuentes de prueba: Interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, interrogatorio de testigos, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como otros medios tecnológicos y medios basados en las TIC, y cualesquiera otros medios de prueba no expresamente referidos en la LEC que pudieran aportar certeza de hechos relevantes.

Todas las pruebas se practicarán siguiendo el orden de medios de prueba recogido en el art. 300 LEC: Interrogatorio de las partes, interrogatorio de testigos, declaraciones de peritos sobre sus dictámenes, o presentación de estos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento, reconocimiento judicial, reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Además, como refiere el art. 300.2 LEC: «Cuando alguna de las pruebas admitidas no pueda practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda». Veamos detenidamente una sintética exposición de cada uno de ellos.

4.1. Interrogatorio de las partes

Conviene aclarar de forma previa que cuando hablamos de la prueba de interrogatorio, o del interrogatorio en general, debemos tener en cuenta que en la LEC 1/2000, de 1 de enero, existen dos tipos distintos de interrogatorios atendiendo a los sujetos a los que se dirigen: De un lado, el interrogatorio de las partes: regulado en los arts. 301-316 LEC⁶⁴. De otro, el interrogatorio de testigos: se regula en los arts. 360-381 LEC. Podemos conceptualizar el interroga-

63. WRÓBLEWSKI, J. (1974: 33-46).

64. Vid. LORCA NAVARRETE, A., (2023b).

torio de las partes señalando que este medio se trata de la declaración de las partes o de terceros sujetos de la relación controvertida o titulares del derecho en cuya virtud se ejerce la acción (parte legitimada material: art. 301.2 LEC) sobre hechos o circunstancias de las que tengan noticia (personalmente o por conocimiento) y guarden relación con el objeto del litigio. En este sentido, la LEC 1/2000 sustituye la antigua confesión de la LEC de 1881 por el interrogatorio de las partes, que no exige prestar juramento, y se rige por el principio de libertad de valoración.

Los sujetos del interrogatorio de las partes serán siempre las partes procesales y nunca los testigos. Tampoco podrán sustituir a las partes en su interrogatorio sus representantes procesales (imposibilidad de cubrir el interrogatorio por los procuradores). Tanto el demandante como el demandado tienen la facultad de proponer el interrogatorio de otras partes. Sin embargo, no es posible que una parte proponga su propio interrogatorio. En caso de pluralidad de partes activas/pasivas la LEC admite la posibilidad de que el colitigante proponga interrogatorio de los demás colitigantes (art. 301.1 LEC). La LEC admite interrogatorio de la parte material cuando la parte procesal no haya intervenido en los hechos controvertidos (art. 301.2 LEC). Pongamos como ejemplo el siguiente caso: representante legal de personas jurídicas (parte procesal) y persona que intervino en los hechos en nombre de la sociedad.

El interrogatorio de las partes se practica siempre oralmente al final de la audiencia previa al juicio ordinario (art. 429.1 LEC) o en la vista del juicio verbal (art. 443.4 LEC). El interrogatorio se practica siempre en la sede del tribunal que resuelve la controversia. No obstante, hay excepciones a este régimen de práctica del interrogatorio de las partes: En primer lugar, la Administración tiene el privilegio de declarar por escrito en los procesos civiles: art. 315.1 LEC. En segundo lugar, el interrogatorio de las partes puede celebrarse en el domicilio o residencia de la parte que se someta al mismo, siempre que estemos en casos de enfermedad o ante circunstancias especiales: arts. 311 y 312 LEC; o bien se practique el interrogatorio en la sede del tribunal al que se solicita auxilio judicial cuando la parte interrogada esté lejos del tribunal donde se dilucida la causa (art. 313 LEC). Adviértase respecto este asunto la preferencia de interrogar a través de videoconferencia, conforme lo dispuesto en el art. 137 bis de la LEC, introducido tras la modificación operada por el art. 103.56 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

Respecto el procedimiento para el interrogatorio de partes⁶⁵, la LEC establece reglas precisas. En primer lugar, se procede a la citación para interrogatorio.

65. Vid. JIMÉNEZ CONDE, F., (2007).

Las partes están obligadas a comparecer so pena de encontrarse en la situación de *ficta confessio*, que recoge el art. 304 LEC: si la parte citada en el interrogatorio no compareciere en juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley (multa con una horquilla comprendida entre los 180 a 600 euros, a juicio del tribunal). En cuanto a la forma de hacer las preguntas, señala el art. 302 LEC que se harán preguntas orales a la contraparte formuladas en sentido afirmativo, con claridad y precisión sobre los hechos controvertidos. Dichas preguntas no incluirán ni calificaciones ni valoraciones. Nos dice también el art. 302.2 LEC que el tribunal comprobará de oficio las preguntas y decidirá sobre su admisibilidad. La parte afectada por el interrogatorio, así como su abogado, podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones que, contenidas en las preguntas, sean, en su criterio, improcedentes y deban tenerse por no realizadas, según el art. 303 LEC. Respecto al modo de responder, según el art. 305 LEC la parte no podrá valerse de borradores, aunque sí podrá consultar documentos, notas o apuntes, siempre que el tribunal los juzgue procedentes, y en cualquier caso debe responder por sí misma. Las respuestas deben ser afirmativas o negativas, y siempre precisas y concretas, sin perjuicio de que el declarante pueda agregar lo que considere en relación estrecha a lo preguntado. De acuerdo con el art. 306, una vez que se responde al abogado que formula la prueba, es decir, al abogado de la contraparte, el resto de las partes puede interrogar también, así como puede hacerlo el propio abogado de la parte declarante. Asimismo, el tribunal *ex officio iudicis* también podrá preguntar, pero solo con finalidad de obtener aclaraciones o adiciones (sin protagonismo). La parte y su abogado pueden impugnar oralmente cualquiera de las preguntas formuladas en el acto.

¿Cómo se valora la negativa a responder o las respuestas evasivas? El art. 307 LEC contiene un régimen preciso para la negativa a declarar, las respuestas evasivas o inconcluyentes y la admisión de hechos personales: De un lado, si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte. Es decir, volveríamos a estar en el caso de la *ficta confessio*. De otro, cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.

En materia de interrogatorio de partes, se admite el recurso al interrogatorio domiciliario, bien sea en casos de enfermedad u otras circunstancias que impo-

sibiliten para declarar, conforme señala el art. 311 LEC, o cuando la parte resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, concibiéndose la videoconferencia como instrumento preferente en ambos supuestos a tenor de su introducción por vía del art. 103.54, apartado primero, y 103.56 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, cuestión que en materia probatoria no deja de resultar problemática, en tanto el genuino principio de inmediación en el proceso civil —art. 137 LEC— parece desnaturalizarse bajo el ropaje de la denominada «inmediación digital», introducido en virtud del art. 137 bis LEC.

En cuanto a la forma de valorar el interrogatorio de las partes, como dice el art. 316 LEC, se rige por el sistema de libre valoración de acuerdo con el criterio de la sana crítica. No obstante, advierte el art. 316.1 LEC que «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial».

4.2. Prueba documental

Antes de abordar la prueba documental como tal es preciso tener claro lo que entendemos por documento. ¿Qué es el documento?⁶⁶ Documentos son los escritos que contienen declaración de voluntad, conocimiento o mera expresión de pensamiento, pero también los soportes no necesariamente escritos como películas, grabaciones, fotografías, etc. que ofrecen datos trascendentes en materia de prueba (arts. 333, 299.2 LOPJ). Recordemos que la regla general en cuanto al tiempo de presentación de los documentos implica aportarlos al inicio del proceso con los escritos de alegaciones. No obstante, existen excepciones a esta regla: 1) Que no se disponga del documento en ese momento o la parte contraria ponga en relevancia en sus alegaciones el interés por un documento. 2) Que se aporten en fase posterior a la de audiencia previa por desconocerse hasta entonces o tener un origen posterior.

Tenemos dos grandes clases de documentos reconocidos en nuestro derecho procesal civil: documentos públicos y documentos privados⁶⁷. De un lado, los denominados documentos públicos, que se recogen en el art. 317 LEC, y según el art. 319 LEC, conforme al modo de producción del art. 318 LEC, hacen plena fuerza probatoria los siguientes documentos públicos: Documentos públicos judiciales documentos públicos notariales y registrales, documentos públicos administrativos, otros documentos públicos (v. gr. documentos electrónicos), y

66. Vid. DE PAULA RAMOS, V., (2023).

67. LORCA NAVARRETE, A., (2024).

los documentos públicos extranjeros: conforme las indicaciones del art. 323 LEC⁶⁸. En cuanto a los documentos privados, a tenor del art. 324 LEC, se trata de todos aquellos documentos que no se hallen en los casos comprendidos en el art. 317 LEC. La fuerza probatoria de los documentos privados será la contemplada en el art. 326 LEC: harán plena prueba siempre que su autenticidad no sea impugnada por la parte perjudicada.

No obstante, la fuerza probatoria que *a priori* tiene un documento público, debemos subrayar que su autenticidad puede impugnarse y para que puedan hacer plena fuerza debe seguirse la forma indicada en el art. 320 LEC. En este sentido, puesto en duda que sea un fedatario público quien elabora el documento, se abre con su impugnación un proceso penal por falsedad documental. Muy bien advierte TARUFFO que la prueba de documentos públicos, a pesar de inclinarse al sistema de prueba legal para su valoración, ni mucho menos significa que todos los aspectos del documento queden cubiertos por el efecto de prueba legal que emana de su carácter oficial, porque si falta en el documento alguno de los requisitos jurídicamente exigidos para su producción y validez correrá una suerte probatoria similar al documento privado⁶⁹. Si lo que se impugna es la falsedad de la firma electrónica (art. 326.3 LEC), entonces debemos remitirnos al procedimiento concreto recogido en el art. 3.8 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza. Por otro lado, respecto al valor probatorio de las copias reprográficas, debemos señalar que siempre y cuando se impugne la exactitud de la reproducción por la parte perjudicada, y no sea posible su co-tejo con el original, se determinará su valor probatorio de acuerdo a las reglas de la sana crítica, siguiendo el art. 334.1 LEC.

Los documentos están sujetos a exhibición en el proceso civil⁷⁰, constituyendo un deber para ambas partes, que están obligadas a hacerlo en caso de solicitud de la contraparte siempre que se trate de documentos que no estén en su poder y se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba, ex art.328 LEC, y en caso de no estar dispuesta a desprenderse del documento para incorporación a los autos, el art. 331 prevé la posibilidad de extender testimonio de este documento por el Letrado de la Administración de Justicia en la sede del tribunal, si así lo solicita el exhibiente, o bien proceder a la digi-

68. En cuanto a los documentos públicos extranjeros, el carácter de documento público lo tendrán en virtud de su reconocimiento expreso en tratados, art. 323.1 LEC. En caso de no ser así, para atribuir a un documento extranjero el carácter de documento público, deben seguirse las indicaciones del art. 323.2 LEC. En cualquier caso, tanto si se trata de documentos cuyo carácter público viene reconocido en régimen convencional o si estos siguen las indicaciones para su elaboración del art. 323.2 LEC, dichos documentos públicos extranjeros harán plena fuerza probatoria en el proceso.

69. Cfr. TARUFFO, M., (2008:77-78).

70. Vid. PEREIRA PUIGVERT, S., (2013).

talización del mismo por el funcionario competente bajo la fe del letrado del Administración de Justicia, a tenor del art. 331 LEC, en virtud de la modificación operada por el art. 103.58 del Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre, cuestión que, en mi opinión se abre a un mar de dudas acerca de los estándares requeridos en la digitalización de documentos en soporte papel o cualquier otro soporte durante el proceso de copiado auténtico y conversión. En este sentido, aunque existen guías elaboradas por el Centro Técnico Estatal de la Administración de Justicia se hace necesario, en mi opinión, una reglamentación específica en manos del CGPJ, que es el órgano constitucional realmente competente para ello.

4.3. Prueba pericial

La prueba pericial es la actividad a través de la cual expertos (peritos) aportan conocimientos especializados en materias no jurídicas para conocerse y apreciarse los hechos a través del dictamen de los peritos: art. 335.1 LEC⁷¹. Debemos distinguir diversas clases de peritos, bien atendiendo a su cualificación profesional o bien atendiendo a su nombramiento por las partes o el tribunal. Así, existen peritos titulados y peritos no titulados: art. 340.1 LEC. Igualmente, peritos personas físicas y peritos personas jurídicas: art. 340.2 LEC. Pero lo más común es clasificar a estos expertos distinguiendo entre peritos designados por las partes y peritos designados por el órgano jurisdiccional. En esta última clasificación, debemos tener presente que el control de la imparcialidad de los peritos se hace de forma independiente bien sea este designado por la parte o por el tribunal. Así, los peritos designados por las partes pueden ser objeto de tacha, pero no de recusación, mientras que los peritos designados por el órgano jurisdiccional solo pueden ser objeto de recusación, pero nunca objeto de tacha. Las causas de tacha aparecen expresamente recogidas en el art. 343 LEC, mientras que las causas de recusación de los peritos judiciales aparecen consignadas en el art. 124 LEC, siendo las mismas causas de recusación que afectan a jueces, más las específicas periciales del art. 124.3 LEC. La diferencia de ambas instituciones procesales es fundamental, porque los peritos tachados nunca pueden ser recusables, y la pericial por ellos practicada seguirá reconociéndose en autos, aunque el tribunal tendrá en cuenta si han sido tachados, y las eventuales negaciones y contradicción practicada sobre la tacha, considerando en el momento de valorar la prueba si hay falta de fundamento en dicha tacha o no (art. 344.1 LEC). La tacha es un mero mecanismo de advertencia judicial para la posterior valoración de la prueba. En cambio, los dictámenes de los peritos judiciales recusados no podrán integrar los autos del

71. Consúltese, VÁZQUEZ, C., (2015); PICÓ i JUNOY, J., (2020); LORCA NAVARRETE, A., (2021b).

proceso, imposibilitando su consideración como pruebas. Evidentemente, si prospera causa de recusación del perito nombrado por el tribunal directamente queda comprometida la imparcialidad del propio tribunal que lo nombró, de ahí la gran diferencia entre tacha y recusación de peritos dependiendo de quién los nombre. Los peritos judiciales se designan siguiendo el procedimiento previsto en el art. 341 LEC. Los peritos judiciales una vez designados procederán a aceptar su cargo en cuyo caso serán nombrados, pudiendo solicitar provisión de fondos a las partes conforme considere su fijación el letrado de la Administración de Justicia, según el art. 342.3 LEC.

El procedimiento para la tacha de peritos de las partes se regula en los arts. 343 y 344 LEC, dando trámite de audiencia y contradicción. En el juicio ordinario se procede a tachar en la audiencia previa, siempre que el dictamen se aporte con la demanda o la contestación. En el juicio verbal se puede formular tacha en cualquier momento antes de la vista. Destaquemos también que en caso de apreciarse temeridad o evidente deslealtad procesal en la solicitud de la tacha puede imponerse a la parte que la formula multa comprendida en una horquilla entre los 60 y los 600 euros.

La prueba pericial puede concurrir con el reconocimiento judicial, y, en todo caso, las operaciones periciales que requieran reconocimiento de personas, lugares o cosas, se abren a la presencia de las partes y sus defensores, siempre que no afecten la imparcialidad del dictamen, art. 345 LEC. Subrayamos también que los peritos pueden intervenir en el juicio o en la vista a petición de las partes y conforme a lo dispuesto en el art. 347 LEC, y cuando resida fuera de la demarcación judicial del tribunal su declaración se hará preferentemente por videoconferencia, según el art. 346 LEC. Tanto las partes como el tribunal pueden formular preguntas y objeciones al perito acerca del contenido de su dictamen pericial. Igualmente, los peritos se someterán a la dialéctica procesal propia de las críticas de su dictamen que en su caso pueda proponer el perito de la parte contraria.

En cuanto al sistema de valoración probatoria seguido para la pericial es el criterio de la sana crítica, que no significa otra cosa más que la libre valoración, según el art. 348 LEC, entendiéndose que el juez actúa como *peritus peritorum*. En este sentido, surge una peculiar paradoja cuando se trata de pruebas científicas, porque el juez al tiempo que requiere del científico se concibe a sí mismo como sujeto capaz de valorar los resultados de la prueba científica. Sin embargo, es una paradoja aparente, como bien señala TARUFFO⁷², porque el

72. Hay subtipos de pruebas periciales que por su naturaleza parecen inclinarse favorablemente al sistema de valoración de prueba tasada, véase el caso de las pruebas científicas y de las pruebas estadísticas, sin embar-

juez ni es científico ni necesita especializarse en ramas distintas a la función jurisdiccional, y sólo debe atender a la adecuación de la metodología investigadora confirmando la existencia de condiciones de científicidad de la prueba.

4.4. Reconocimiento judicial

El reconocimiento judicial aparece regulado en los arts. 353 a 359 LEC⁷³. Tiene como objeto y propósito un fin muy claro: se acordará para esclarecer o apreciar los hechos cuando sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, algún objeto o alguna persona, según dispone el art. 353.1 LEC. En esta prueba, la LEC subraya el garantismo procesal en cuanto al reconocimiento de personas, con el objetivo de preservar la dignidad e intimidad de la persona, ex art. 355.2 LEC.

El reconocimiento judicial debe proponerse por alguna de las partes, a tenor del art. 353.2 LEC, expresando los extremos principales del mismo e indicando si la parte concurre al reconocimiento con persona o técnica en la materia. No obstante, el objeto del reconocimiento judicial solo lo determina el juez. Además, el reconocimiento puede concurrir con la práctica de prueba pericial (art. 356 LEC) y con la testifical (art. 357 LEC). De la práctica del reconocimiento judicial quedará testimonio en acta levantada por el letrado de la Administración de Justicia (art. 358 LEC). No obstante, siempre que se cuente con medios tecnológicos necesarios, el letrado de la Administración de Justicia procederá a garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido utilizando firma electrónica o cualquier otro sistema de seguridad que ofrezca garantías, a tenor de la reforma introducida en el art. 358 LEC por el art. 103.62 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

Por último, en cuanto a la valoración probatoria del reconocimiento judicial, ciertamente, no hay referencia legislativa sobre la valoración del reconocimiento judicial, pero doctrinal y jurisprudencialmente se entiende que se sujeta a las reglas del sistema de libre valoración (vid. la STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 1987, entendiendo que la eficacia del reconocimiento queda a criterio del juzgador).

go, aún prevalece la idea de someterlas a la sana crítica del juzgador dentro del sistema de libre valoración. Sobre este tema vid. TARUFFO, M., (2008: 277-295).

73. Vid. ABEL LLUCH, X. y PICÓ i JUNOY, J., directores, (2012); LORCA NAVARRETE, A., (2023c).

4.5. Prueba testifical

En la prueba testifical⁷⁴, genéricamente denominada testifical conforme al uso forense, un tercero, que no es parte, declara —o depone— sobre las noticias que tenga de los hechos controvertidos objeto del juicio (art. 360 LEC). El tercero, en cualquier caso, puede ser testigo directo o de referencia, y está siempre obligado a decir verdad sobre los hechos, prestando juramento para ello, bajo sanción de responsabilidad criminal (art. 365 LEC). Podemos señalar diversos rasgos característicos de la prueba testifical en el ordenamiento procesal civil español: 1) Se trata siempre de un tercero ajeno al proceso. De ahí que pueda solicitarse la tacha de testigos, conforme dispone el art. 377 LEC, para controlar la imparcialidad de los mismos. 2) El testigo no es perito en la materia. 3) La regla general es la idoneidad de todas las personas para ser testigos (art. 361 LEC). Esta regla general, naturalmente, cuenta con sus excepciones: privados de razón y de uso de sentidos vitales para deponer sobre los hechos. Por otro lado, los testigos que residan fuera de la demarcación judicial del tribunal declararán preferentemente por vía de videoconferencia, como dispone el art. 364.1 LEC, tras la modificación operada por el art. 103.64 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. Y, en su defecto, cuando la declaración no pueda hacerse por este medio, y el tribunal considere que el testigo no puede comparecer en su sede, bien por enfermedad o cualquier motivo de los consignados en el art. 169.4 LEC, se procederá a tomarle declaración en su domicilio, siguiendo las indicaciones del art. 364.2 y 3 LEC. Advértase, de nuevo, los riesgos que entraña la generalización de uso de la videoconferencia como instrumento para la toma de declaración, propiciándose un escenario procesal en el que la mal llamada intermediación digital del art. 137bis pretende reemplazar el principio de intermediación reconocido sin adjetivo alguno que lo acompañe en el art. 137 LEC.

En cuanto a la práctica del interrogatorio de testigos, ordena el art. 366 LEC, que los testigos declaren de forma sucesiva y separada, usualmente conforme al orden preestablecido en las propuestas (siempre que el tribunal no diga otra cosa). El art. 367 LEC establece la serie de preguntas generales que deben hacerse a cualquier testigo: nombre, apellidos, edad, si es o ha sido cónyuge o pariente consanguíneo o afín de los litigantes o de sus procuradores o abogados, si es dependiente de alguna de las partes o de sus representantes procesales y letrados, si es amigo íntimo o enemigo manifiesto de alguna de las partes, etc. En todo caso, interesa destacar que las mencionadas preguntas generales contribuyen a despejar dudas en torno a la imparcialidad del testigo

74. En la literatura sobre la testifical tenemos, entre otros, notables análisis monográficos, vid. NIEVA FENOLL, J., (2010: 264 y ss.); DE PAULA RAMOS, V., (2019); LORCA NAVARRETE, A., (2023c).

(art. 367.2 LEC). Las preguntas generales en cualquier caso las hará solo el tribunal, aunque en vista de las respuestas efectuadas, las partes podrán manifestar al tribunal cualquier circunstancia que a su juicio afecte la imparcialidad del testigo. Tanto las preguntas como las respuestas quedarán consignadas en acta. Posteriormente, se formulan las preguntas en relación al objeto de la controversia. Según el art. 368 LEC, estas preguntas deben formularse oralmente al testigo, y de forma clara y precisa. Nunca pueden incluir valoraciones ni calificaciones, y si estas llegan a realizarse se tendrán por no emitidas. Corresponde al tribunal decidir sobre las preguntas que deseen formular las partes a los testigos en el acto de interrogatorio, siendo obligado admitir todas aquellas que puedan resultar conducentes a averiguar los hechos controvertidos y sean congruentes con el objeto del proceso. Debemos subrayar que cualquier pregunta que vaya más allá del conocimiento propio de un testigo debe inadmitirse (art. 360 LEC) y, en todo caso, si la pregunta se reitera la respuesta nunca se hará constar en acta. La admisión de las preguntas puede impugnarse por las partes que no las hayan formulado (art. 369.1 LEC), y la parte disconforme con la inadmisión de preguntas podrá manifestarlo y pedir que dicha disconformidad quede reflejada en acta (art. 369.2 LEC). De acuerdo con el art. 370 LEC, el examen del testigo, conforme las preguntas admitidas, corre a cargo de las partes, correspondiendo en primer lugar a la parte que lo haya propuesto y luego a la contraparte (art. 372 LEC).

Mayor complejidad presenta el caso de los testigos que por su profesión u oficio tienen el deber de guardar secreto. En esos casos, según el art. 371 LEC el tribunal resolverá mediante providencia lo que mejor proceda en derecho. Por otra parte, llama mucho la atención la adopción por nuestra LEC de una técnica de interrogatorio testifical propia del *common law* estadounidense, denominada *cross interrogation*, y que se refleja en el art. 373 LEC, estableciéndose la posibilidad de careo entre testigos y entre testigos y las partes.

Adicionalmente, debemos subrayar que el hecho de ser llamado a declarar como testigo en un determinado proceso genera costes tanto temporales como económicos. De ahí que la LEC en su art. 375 prevea la indemnización a los testigos, correspondiendo siempre a la parte que los propuso, y fijándose el importe por el letrado de la Administración de Justicia, teniendo en cuenta las circunstancias del testigo.

Por último, sobre el sistema de valoración de la testifical, el art. 376 LEC ordena que este medio de prueba se rijan por el sistema de libre valoración, acudiendo para ello al conocido criterio de la sana crítica, pero matizando que deberá tenerse en cuenta la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que concurran en los testigos y las tachas y el resultado de prueba a las que estas se hubieren sometido. En cualquier caso, siguiendo a NIEVA

FENOLL⁷⁵, la praxis del interrogatorio de testigos (y también cuando se trata de las partes) nos conduce al campo epistemológico de la credibilidad, que es un ámbito de conocimiento tan fascinante como indeterminado y abierto a investigaciones tan sugerentes como las promovidas desde la psicología del testimonio.

4.6. Las tecnologías de la información y la comunicación en los medios de prueba: la prueba electrónica

Los artículos 299.2 y 382 a 384 de la LEC contemplan una clase de medios de prueba que nos llevan a diversas fuentes de prueba, consecuencia de la denominada revolución de la sociedad del conocimiento y la información: las fuentes de prueba fruto de las tecnologías de la información y el conocimiento, popularmente conocidas como las TIC⁷⁶. Se trata de soportes de almacenamiento de datos diferentes a los documentales tradicionales. ¿Qué clases de nuevos medios de prueba contempla la LEC en los artículos 382 a 384 LEC? Tenemos varios supuestos: 1) Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen: art. 382.1 LEC. 2) Instrumentos para archivar y reproducir datos relevantes para el proceso (art. 384.1 LEC): por ejemplo, palabras, cifras, datos y operaciones matemáticas con fines contables... 3) Cualesquiera otros no contemplados expresamente entre las TIC por la LEC (art. 299.3 LEC).

En cuanto a su valoración judicial, rige para todas las TIC el sistema de libre valoración, conforme las reglas de la sana crítica (art. 382.3 LEC).

Todos estos medios deben aportarse para examen en juicio oral o en vista (dependiendo del tipo de proceso declarativo), junto a los escritos de demanda y contestación (art. 265.1.2. LEC), conforme a las reglas de aportación de documentos. Dentro de las TIC se engloban diversas fuentes de prueba expresadas por una amalgama de medios de reproducción nacidos con las nuevas tecnologías. Así, desde los célebres correos electrónicos hasta los *whatsApps*. Naturalmente, la autenticidad de los contenidos así como de la titularidad de los mensajes puede ponerse en entredicho por la contraparte, exigiéndose muchas veces pericial que certifique la existencia del mensaje, así sucede respecto a *WhatsApp*, tras la STS, Sala Segunda, de 19 de mayo de 2015 (STS 300/2015), implicando además que sea un wasap que se haya obtenido lícitamente (al

75. Vid. NIEVA FENOLL, J., (2010:212 y ss.). También, NIEVA FENOLL, J., (2021: 93-110).

76. En esta materia pueden consultarse, entre otros, URBANO CASTRILLO, E., y MAGRO SERVET, V., (2003). ABEL LLUCH, X., y PICÓ i JUNOY, J., (2011). VVAA., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dir.), (2021).

menos por uno de los miembros de la conversación), que se asegure la pulcritud de la cadena de custodia del mensaje (integridad), y que sea un mensaje real.

4.7. Inferencias probatorias: presunciones y razonamiento indiciario

A medio camino entre medios de prueba y valoración de la prueba se encuentran las denominadas *presunciones*. Ciertamente, no son un medio más de prueba, y nos conducen a la metodología propia del razonamiento procesal, y, en general a la denominada *lógica informal* a través del sistema de inferencias probatorias⁷⁷. Podríamos decir que las presunciones son útiles como sistema de razonamiento para tratar de explicar lo sucedido, acercándonos a la mejor explicación posible que pueda hacerse con el material probatorio existente sobre los hechos pasados. Debemos distinguir dos tipos distintos de presunciones en derecho procesal: las denominadas presunciones legales y las conocidas como presunciones judiciales.

Respecto las presunciones legales, son aquellas recogidas en la legislación. Dentro de las mismas debemos distinguir dos clases: A) Presunciones *iuris tantum*. En general, se trata de la mayoría de las presunciones legales, en tanto la afirmación sobre los hechos revestida de presunción legal tiene fuerza probatoria plena siempre y cuando no se desmienta por prueba efectiva de la contraparte: art. 385.2 LEC: «Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción». Las presunciones *iuris tantum* dispensan de prueba a la parte que benefician, en tanto no se impugna el hecho presumido por la contraparte, art. 385.1 LEC. Y B) Presunciones *iuris et de iure*. Este tipo de presunciones es realmente reducido, implicando un efecto de plena prueba con independencia de la veracidad de lo afirmado. Simplemente, los hechos bajo una presunción legal *iuris et de iure* adquieren veracidad por el hecho de proclamarlo así la ley: art. 385.3 LEC: Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba. Pensemos, por ejemplo, en las actas que redacta el letrado de la Administración de Justicia, revestidas bajo la cobertura de la fe pública judicial (art. 145 LEC), dichas actas están bajo la cobertura de presunción *iuris et de iure* en muchos ordenamientos jurídicos, aunque en nuestro ordena-

77. Vid. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., (2007); GAMA LEYVA, R., (2019). MUÑOZ SABATÉ, L., (2020). LORCA NAVARRETE, A., (2021a).

miento jurídico dichas actas no están revestidas especialmente de la presunción *iuris et de iure*.

En cuanto a las presunciones judiciales, se regulan en el art. 386 LEC. También reciben la denominación de *praesumptio homini* (presunciones del hombre). Se trata de lo que coloquialmente se conoce con el nombre de prueba indirecta o indiciaria. Como dice el art. 386.1 LEC: «a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». En todo caso, para que podamos hablar de una verdadera prueba indiciaria, el art. 386.1 exige también que la sentencia en la que se recoja el razonamiento indiciario deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. Lo relevante de las denominadas presunciones judiciales es la posibilidad de realizar inferencias: relaciones de dependencia lógica convincentes entre un hecho que estimamos cierto y las conclusiones obtenidas a raíz del mismo.

El auto del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010 recoge los requisitos para validez a una prueba indiciaria: a) que los indicios estén plenamente acreditados; sean plurales, o excepcionalmente sea único pero de una singular potencia acreditativa; sean concomitantes al hecho que se trate de probar; y estén interrelacionados, cuando sean varios, reforzándose entre sí; b) que de ellos fluya de manera natural conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana las consecuencias de la participación en el hecho; c) el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual partiendo de los indicios probados llega a su convicción.

La *praesumptio homini* admite, por supuesto, prueba en contrario por la contraparte, vid. art. 386.2 LEC en conexión con el art. 385.2 LEC. En cualquier caso, siguiendo a NIEVA FENOLL⁷⁸, el viejo estudio de las presunciones como conceptos pretendidamente autónomos fuera de los medios de prueba parece algo trasnochado. En este sentido, lo propio es hablar de sistema de razonamiento probatorio, y concretamente del valor que tienen las viejas presunciones judiciales como fundamento del razonamiento inferencial abductivo o hipotético, a la par que también contribuyen a la formación de inferencias inductivas.

Tanto bajo la rúbrica venerable de presunciones judiciales, como bajo la denominación actual de «prueba indiciaria», «indirecta» o «circunstancial»⁷⁹, e, in-

78. NIEVA FENOLL, J., (2015:184-188).

79. Vid. LORCA NAVARRETE, A., (2021a).

cluso, más genéricamente bajo la cobertura de «razonamiento indiciario», lisa y llanamente, debe poder hacerse una inferencia, que no es más que una relación de dependencia convincente entre un hecho que estimamos cierto y las conclusiones obtenidas a raíz del mismo. A propósito de todo esto, y como ejemplo sublime de razonamiento indiciario, merece la pena recordar un célebre pasaje ciceroniano, en el cual enseguida comprendemos la fuerza de la lógica indiciaria dirigida a formar la convicción judicial. CICERÓN en su *De Oratore*, II, 75, argumentando *ex indiciis* justifica la solidez de su acusación frente al autor de un crimen: «si este hombre ha sido muerto por hierro; si se te ha cogido a ti, su enemigo, sobre el mismo lugar, con una espada sangrante en la mano; si nadie más que tú ha sido visto en este sitio; si nadie tenía interés en su muerte; si tú te has mostrado siempre capaz de todo: ¿se puede dudar que no seas el asesino?». ».

5. Conclusiones

El proceso civil español sin estar orientado legalmente a la búsqueda de la verdad predispone, sin embargo, una metodología propicia para que las partes, si quieren, a través de los actos procesales de alegación y prueba traten de escurrir el pasado fáctico del cual la *litis* trae su causa con el objetivo de hallar certezas a propósito del conjunto de afirmaciones sobre la existencia o inexistencia de hechos controvertidos. El resultado obtenido no es otro que una certeza judicialmente inferida y congruente con el esfuerzo contradictorio realizado por las partes tanto en fase de alegaciones como durante la fase probatoria. Por supuesto, es una certeza judicial limitada, sí, pero una certeza judicial y metodológicamente correcta si, y sólo si, el juez garantiza cada una de sus decisiones durante el proceso aplicando objetiva e imparcialmente la LEC. Aún con todo, la torpeza de los abogados durante el contradictorio, la posibilidad de terminación anticipada de muchos procesos civiles abiertos a negocios procesales dispositivos⁸⁰, y el margen de discrecionalidad judicial de acuerdo con el sistema de libre valoración de la inmensa mayoría de medios de prueba, cuestionan en demasiadas ocasiones que la certeza necesaria para justificar la convicción judicial resultante sobre los hechos sea una certeza plena. Se trata más bien de una certeza según lo actuado y probado en el proceso, sin más. Es una actitud realista que históricamente ha pautado la búsqueda de la verdad en el proceso civil. Fijémonos que el proceso civil sin estar preordenado a la

80. Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., (2010: 114-116). Ciertamente los actos de disposición del objeto procesal obedecen a una naturaleza contra epistemológica y voluntarista y son cada vez más generalizados en nuestro proceso civil, sobre todo teniendo en cuenta una futura y muy cuestionable integración procesal de los medios adecuados de solución de conflictos entendidos como requisitos de procedibilidad *sine qua non* será posible interponer demandas en muchos procesos civiles.

búsqueda de la verdad tampoco se cierra a obtenerla, porque si bien la certeza que conduce a la sentencia puede conducir al error, ni mucho menos eso significa que el proceso civil cierre toda posibilidad a la obtención de una certeza correcta a pesar, incluso, de que ya haya caído la sepulcral losa de la cosa juzgada sobre el objeto procesal. No en vano el proceso civil, al igual que el resto de los procesos, reacciona sutilmente al clásico dilema *fiat lex, pereat iustitia, fiat iustitia pereat lex*, y deja siempre entreabierta la posibilidad epistemológica de buscar la verdad a través de la revisión, una vieja institución original del *ius commune* que ha sobrevivido hasta nuestros días. Por ello, a modo de conclusión podemos decir que la búsqueda de la verdad sin necesidad de orientación legal finalista es posible metodológicamente en el proceso civil, siempre que los litigantes se empeñen en el contradictorio hasta el final, cuya dialéctica alimenta toda la argumentación procesal en un margen de razonamiento legal y temporalmente limitado.

6. Bibliografía

- ABEL LLUCH, X. (2010). «A propósito del juicio de admisión de los medios de prueba», en VVAA., *La prueba y la decisión judicial*, Universidad de Medellín, pp. 155-184
- ABEL LLUCH, X., y PICÓ I JUNOY, J., (2011), *La prueba electrónica*, ed. Bosch, Barcelona.
- ABEL LLUCH, X., y PICÓ I JUNOY, J., (2012), directores, *La prueba de reconocimiento judicial*, ed. Bosch, Barcelona
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., (2000), *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, UNAM, México.
- ALISTE SANTOS, T., (2010), «Relevancia del concepto de «certeza moral» para la motivación de la quaestio facti en el proceso civil», *Ius Ecclesiae*, XXII, 2010, pp.651-672.
- ALISTE SANTOS, T., (2012), «La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal», *Actualidad Civil*, vol. 1, núm. 9.
- ALISTE SANTOS, T., (2012), «Búsqueda de la verdad y necesidad de motivación: elementos claves para una teoría general de la justificación de las resoluciones procesales», en *Jueces para la Democracia*, núm. 73, pp. 30-47.
- ALISTE SANTOS, T., (2013) *Sistema de Common Law*, ed. Ratio Legis, Salamanca.
- ALISTE SANTOS, T., (2021), «La oportunidad como emblema del cambio de paradigma en la justicia penal española», en VVAA (Dirs., CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J. C.), *Nuevos hitos en la gestión de controversias: Estado, Justicia, Educación y Empresa*, ed. Dykinson, Madrid, pp. 144-149.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., (2007), *La prueba por presunciones*, ed. Comares, Granada.

- ARMENTA DEU, T., (2011), *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, ed. Marcial Pons, Madrid.
- BANACLOCHE PALAO, J., coord., (2019), *La prueba en el proceso civil*, ed., Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid). Obra integrada por cuatro volúmenes monográficos.
- BELLIDO PENADÉS, R., (2010), «La prueba ilícita y su control en el proceso civil», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 89, mayo-agosto 2010, pp. 77-114.
- CACHÓN CADENAS, M., (2022), *Otras historias de procesalistas y del proceso*, ed. Dykinson, Madrid
- CALAZA LÓPEZ, S., (2022a), «¿Es la prueba civil una garantía de veracidad?», en VVAA., *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos Libro Homenaje a Valentín Cortés Domínguez*, ed. Colex, pp. 251-268.
- CALAZA LÓPEZ, S., (2022b), «Prueba civil anticipada, ¿verdad o reto?», en ROCA MARTÍNEZ, J.M. (dir.), *Procesos y prueba prohibida*, ed. Dykinson, Madrid, pp. 311-335.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., (2006), *Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CARNELUTTI, F., (1949), «Torniamo al Giudizio», en *Rivista di Diritto Processuale*, 3.
- CHOZAS ALONSO, M., (2019), *El interrogatorio de testigos en el proceso civil*, vol. 2, en BANACLOCHE PALAO, J., coord., (2019), *La prueba en el proceso civil*, ed., Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- DAMAŠKA, (1986). *The faces of Justice and State Authority*, New Haven-London, Yale University Press.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., (2004), «Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas», en FONT SERRA, E., *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, vol. 1, ed. Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, pp. 91-104
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., (2022), *Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil*, ed. La Ley.
- DE PAULA RAMOS, V., (2019), *La prueba testifical: del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, ed. Marcial Pons, Barcelona.
- DE PAULA RAMOS, V., (2023), *La prueba documental. Del documento a los documentos y del soporte a la información*, ed. Marcial Pons, Madrid.
- DELLA ROCCA, F., (1961), «De morali certitudine in sententia canonica», en *Saggi di Diritto Processuale Canonico*, Padova, p 275
- DI BERNARDO, E., (2016), *Modelli processuali e diritto probatorio civile*, Lateran University Press, Città del Vaticano.
- FERRER BELTRÁN, J., (2007), *La valoración racional de la prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid.
- GAMA LEYVA, R., *Las presunciones en el derecho*, (2019), ed. Tirant lo Blanch, Valencia

- GASCÓN ABELLÁN, M., (2010), *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, 3º ed., ed. Marcial Pons, Barcelona.
- GROCHOLEWSKI, Z., (1997), «La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali», en *Ius Ecclesiae*, nº 9, p. 421.
- GUASP DELGADO, J., (1945), «La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales», *Revista de la Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho*, VI, p. 25 y ss.
- IHERING, R., (1987), *Bromas y veras de la ciencia jurídica*, trad. esp., ed. Civitas, Madrid.
- JIMÉNEZ CONDE, F., (2007), *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, ed. Civitas, Madrid.
- LLOBELL TUSET, J., (1989), «La sentencia en las causas de nulidad matrimonial», en *Ius Canonicum*, vol. xxix, nº 57, p. 155.
- LLOBELL TUSET, J., (1998), «La certezza morale nel processo canonico matrimoniale», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 109/1, p 771.
- LÓPEZ SIMÓ, F. y ALBA CALERA, F., *Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil*, vol. 1, en BANACLOCHE PALAO, J., coord., (2019), *La prueba en el proceso civil*, ed., Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- LORCA NAVARRATE, A., (2021a), *La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián.
- LORCA NAVARRETE, A., (2021b), *El dictamen de peritos*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián.
- LORCA NAVARRETE, A., (2023a), *Conceptos básicos de derecho procesal civil III. Los medios de prueba. El interrogatorio de las partes*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián.
- LORCA NAVARRETE, A., (2023b), *Conceptos básicos del proceso civil IV: el interrogatorio de testigos*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián.
- LORCA NAVARRETE, A., (2023c), *Conceptos básicos del proceso civil V. Dictamen de peritos y reconocimiento judicial*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián.
- LORCA NAVARRETE, A., (2024), *Conceptos básicos del proceso civil VI. Prueba documental y prueba indiciaria, indirecta y circunstancial*, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián.
- MUÑOZ SABATÉ, L., (2001), *Fundamentos de la prueba judicial civil*, ed. Bosch, Barcelona.
- MUÑOZ SABATÉ, L., (2020), *La prueba de indicios en el proceso judicial*, 2º ed., La Ley, Madrid.
- MONTESQUIEU, (2003), *Del espíritu de las leyes*, trad. esp., ed. Alianza, Madrid.
- NIEVA FENOLL, J., (2010), *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- NIEVA FENOLL, J., (2015), *Derecho Procesal Civil II (Proceso civil)*, ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 184-188.

- NIEVA FENOLL, J., FERRER BELTRÁN, J., GIANNINI, L., (2019), *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona.
- NIEVA FENOLL, J., (2021), «La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos», en VVAA., *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, ed. Atelier, Barcelona, pp. 93-110.
- NIEVA FENOLL, J., (2023a), *El origen de la justicia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023
- NIEVA FENOLL, J., (2023b), «Réquiem por la carga de la prueba», en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 4, p.39.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., (2019), *La prueba documental y la prueba mediante soportes informáticos*, vol. 3., en BANACLOCHE PALAO, J., coord., (2019), *La prueba en el proceso civil*, ed., Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- PEREIRA PUIGVERT, S., (2013), *Exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, ed. Aranzadi, Pamplona (Navarra).
- PÉREZ MARTÍN, A., (1999), *El derecho procesal del ius commune en España*, ed. Universidad de Murcia, Murcia, 1999.
- PÉREZ RAGONE, A., (2020), «Sentido y finalidad pendular del proceso civil: tutela de los derechos como teleología primaria», en *Justicia*, núm. 2, pp.213-252.
- PICÓ I JUNOY, J., (2007), *El juez y la prueba*, ed. Bosch, Barcelona.
- PICÓ I JUNOY, J., (2008), «La iniciativa probatoria del juez civil: Un debate mal planteado», *Revista Oficial del Poder Judicial*, vol. 3, núm.3, pp. 309-334.
- PICÓ I JUNOY, J., (2020), *La prueba pericial al examen*, ed. Bosch, Barcelona.
- PRATS JANÉ, S., (2022), *La cooperación jurídica internacional en el ámbito civil y mercantil en España. Notificaciones, obtención y práctica de pruebas*, ed. Bosch, Barcelona.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., (2018), «Fundamentos de la actividad probatoria en el proceso civil español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2018, vol. 10, núm. 2, pp.698-717.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dir.), (2021), *Proceso civil y nuevas tecnologías*, ed. Aranzadi.
- STEIN, F., (1988), p. 27. *El conocimiento privado del juez* (Traduce Andrés De la Oliva Santos, Bogotá, Temis).
- TARUFFO, M., (1992), *La prova dei fatti giuridici*, Giffre, Milano
- TARUFFO, M., (2007), «Narrativas judiciales», en *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, vol. 20, núm. 1, pp. 231-270.
- TARUFFO, M., (2008), *La prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid.
- TARUFFO, M., (2009), *Páginas de justicia civil*, ed. Marcial Pons, trad. esp., Madrid.
- TARUFFO, M., (2010), *Simplemente la verdad*, ed. Marcial Pons, trad. esp., Madrid.
- TERRADAS SABORIT, I., (2008), *Justicia vindicatoria*, ed. CSIC,2008.
- URBANO CASTRILLO, E., y MAGRO SERVET, V., (2003) *La prueba tecnológica en la Ley de enjuiciamiento civil*, ed. Thomson Aranzadi.

- VÁZQUEZ, C., (2015), *De la prueba científica a la prueba pericial*, ed. Marcial Pons, Barcelona.
- VVAA., (2022), *Los principios en el proceso civil: un análisis transversal desde Iberoamérica*, ed. Palestra, Lima.
- WASSERSTROM, Richard A. (1961). *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press.
- VON HIPPEL, F., (1939), *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1939.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1974): «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie*, n° 1, pp. 33-46.
- YBARRA BORES, A., (2022), «La prueba del derecho extranjero y el art. 33.3. de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2022), vol. 14, núm. 1, pp. 522-558.
- ZARZALEJOS NIETO, J., (2019), *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, vol. IV, en BANACLOCHE PALAO, J., coord., (2019), *La prueba en el proceso civil*, ed., Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).

III | La acumulación de acciones en la LEC 2000: algunos problemas prácticos cuando las diferentes acciones deben seguirse por procesos de distinta clase.

Especial referencia a la posible acumulación al proceso de desahucio por precario de la acción de resarcimiento

Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol¹
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN LA LEC 2000. 2. LOS TIPOS PROCEDIMENTALES EN LA LEC 2000. 2.1 LA PROLIFERACIÓN DE PROCESOS EN LA LEC DE 1881. 2.2. LOS DIVERSOS TIPOS PROCEDIMENTALES DE LA LEC 2000. 3. LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS CUANDO LAS DIFERENTES ACCIONES DEBEN SEGUIRSE POR LOS CAUCES DE PROCESOS DISTINTOS. 4. ESPECIAL REFERENCIA AL JUICIO DE DESAHUCIO POR PRECARIO. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DESAHUCIO A PRECARIO. 5. CARÁCTER COGENTE O DISPOSITIVO DE LA REMISIÓN LEGAL AL JUICIO VERBAL. 6. CONCLUSIÓN.

1. Introducción: la acumulación de acciones en la LEC 2000

La LEC 1/2000 regula la acumulación de acciones en los artículos 71 a 73. En síntesis², los requisitos procesales³ exigidos son que el tribunal que deba conocer posea jurisdicción y competencia para conocer de ambas acciones y

1. Al Prof. Manuel Cachón, con afecto y admiración.

2. Sobre la regulación de la acumulación de acciones en la LEC 1/2000 puede verse Fons Rodríguez, C., «La acumulación de acciones», en VV.AA. (coord. Alonso-Cuevillas), *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, vol. I, págs. 445-464, y Garberí Llobregat, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

3. Además de que las acciones ejercitadas no sean incompatibles entre sí de suerte que se excluyan mutuamente, caso en el cual deberán subordinarse, ejercitándose una a título principal y otra a título subsidiario.

«que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo», estableciéndose en este caso la (única) excepción de la posibilidad de acumulación de la acción para instar la liquidación del régimen económico matrimonial y la acción de división de la herencia en el caso de que la disolución del régimen económico matrimonial se haya producido como consecuencia del fallecimiento de uno o ambos cónyuges y haya identidad subjetiva entre los legitimados para intervenir en uno y otro procedimiento.

De forma sistemáticamente deficiente⁴, el artículo 73.1.1º LEC establece asimismo la excepción de que «a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal»

El problema que se nos plantea, y al que dedicaremos el presente trabajo, es el relativo a la eventual acumulabilidad al juicio ordinario de aquellas acciones que por sí solas se habrían de ventilar por los trámites del juicio verbal, pero no por razón de su cuantía⁵, sino por razón de la materia.

2. Los tipos procedimentales en la LEC 2000

2.1. La proliferación de procesos en la LEC de 1881

Durante el último periodo de vigencia de la decimonónica LEC de 1889, llegaron a coexistir hasta cerca de una treintena de tipos procedimentales distintos.

Junto a los cuatro procesos ordinarios a los que debía acudir en función de la cuantía (mayor cuantía, menor cuantía, pequeña cuantía⁶ e ínfima cuantía⁷), existían diversos procesos especiales⁸ y multitud de procesos ordinarios con especialidades.

4. Pues el precepto se está refiriendo al requisito de que el tribunal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de las acciones acumuladas, cosa que no tiene nada que ver con el tipo de procedimiento que no altera las reglas de jurisdicción y competencia.

5. Caso en el que la Ley ya nos ofrece *expressis verbis* una respuesta afirmativa.

6. Vulgarmente conocido como «juicio de cognición».

7. Legalmente denominado «juicio verbal».

8. Concretamente, la LEC 1881 regulaba los de desahucio, alimentos provisionales, retracto e interdictos. Sobre el debatido concepto de *proceso especial*, cabe citar al Profesor Prieto-Castro, L., *Derecho Procesal civil*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1974, vol. 2º, págs. 20-21, para quien «proceso o juicio especial es el que ofrece la característica distintiva de una limitación del objeto sobre el cual se puede conocer en él, de suerte que no es admisible su empleo para otro objeto que no se hallase íntimamente ligado al que se le asigna por la Ley», añadiendo aún que «la nota procedimental pasa a segundo plano en los procesos especiales, porque pueden acomodarse parcial o totalmente en la sustanciación de un juicio de carácter ordinario»; en similares términos, para el Profesor Gimeno Sendra, V., en la obra colectiva Cortés Domínguez, Gimeno Sendra, Moreno Catena,

El galimatías legislativo era tan acentuado que dio lugar a numerosa literatura y jurisprudencia, convirtiéndose en un auténtico dolor de cabeza para los profesionales del Derecho.⁹

No es pues de extrañar que durante la accidentada tramitación prelegislativa de la que luego sería la LEC 2000, la simplificación de tipos procedimentales se erigió en uno de los demagógicos caballos de batalla de los promotores ministeriales de la ley. Así, durante la tramitación se redujo a dos el número de procesos ordinarios, se redujo asimismo el número de procesos especiales y se intentó reducir al máximo las especialidades procedimentales.¹⁰

2.2. Los diversos tipos procedimentales de la LEC 2000

En la vigente LEC 1/2000, existen hoy dos procesos ordinarios¹¹: El mal llamado juicio ordinario¹² y el también mal llamado juicio verbal¹³. Junto a ellos, existen unos pocos procesos especiales¹⁴ y diversas especialidades procedimentales *ratione materiae* que modifican con mayor o menor intensidad la tramitación prototípica.

procesos civiles especiales, Colex, Madrid, 1996, pág. 121, «*por procedimientos especiales podemos entender aquellos tipos procedimentales creados por razones jurídico-materiales y destinados, por tanto, a la protección de determinados derechos subjetivos o de ciertas relaciones materiales, y que se caracterizan por tener una cognición limitada y por producir sus resoluciones definitivas la totalidad de los efectos de la cosa juzgada*»; sin embargo, compartimos las reflexiones del Profesor Ramos Méndez, F., *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., J.M.Bosch, Barcelona, 1992, t. II, pág. 771, para quien «*el concepto de juicios ordinarios y juicios especiales puede decirse que es esencialmente relativo y de significación meramente negativa*».

9. Tuve ocasión de analizar la cuestión en mi trabajo Alonso-Cuevillas, «El juicio verbal de tráfico», en *revista General de Derecho*, núm. 640-641, enero-febrero de 1988, págs. 65-81, especialmente, págs. 73-77.

10. Sobre el particular, vid. Garnica Martín, J.F., «Sistémática de los nuevos procesos ordinarios y especiales», en VV.AA. (dir. Picó Junoy), *Presente y futuro del proceso civil*, J.M.Bosch, Barcelona, 1998, págs. 359-376, así como mi trabajo, Alonso-Cuevillas, «Principales ideas-clave para el estudio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 428, 2 de marzo de 2000, págs. 1-5, especialmente págs. 2-3.

11. Con deficiente técnica legislativa, el artículo 248 LEC los denomina «procesos declarativos», «clase» en la que incluye únicamente el juicio ordinario y el juicio verbal (que, en puridad, pertenecen a la clase «procesos ordinarios»), olvidando que existen «procesos especiales» que son asimismo «procesos declarativos».

12. Pues tan «ordinario» es el proceso regulado en los arts. 399 y siguientes LEC, como el regulado en los arts. 437 y siguientes. Sobre la distinción conceptual entre «juicio» y «proceso», que desborda los límites del presente trabajo, puede verse, *per omnia*, Serra Domínguez, M., «El juicio jurisdiccional», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 63 y ss., y Ramos Méndez, F., *Derecho y proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1978, especialmente Capítulo I, «El proceso», págs. 23-48, y Capítulo IV «El juicio», págs. 171-238.

13. Pues, al igual que el mal llamado «ordinario», el actual juicio verbal cuenta con una fase de alegaciones escrita y una posterior tramitación oral o verbal. Desde el punto de vista estructural, la principal diferencia entre ambos procesos es la audiencia previa al juicio, inexistente en el juicio verbal o proceso ordinario de cuantía inferior.

14. La LEC califica expresamente como tales, sólo a los regulados en su Libro IV, intitulado «De los procesos especiales», esto es, los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, los de división judicial de patrimonios y los procesos monitorio y cambiario.

La necesidad de acudir a uno u otro proceso depende de la cuantía y de la materia. Como sabemos, por encima de 15.000 euros¹⁵ debe acudirse al legalmente denominando juicio ordinario (al que en rectitud debería denominarse «proceso de cuantía superior») y hasta ese límite al legalmente denominando juicio verbal (al que en rectitud debería denominarse «proceso de cuantía inferior»). Sin embargo, como asimismo es sabido, los artículos 249 y 250 LEC, enumeran dos listados de materias cuyo conocimiento queda atribuido respectivamente al proceso de cuantía superior (art. 249 LEC) o al proceso de cuantía inferior (art. 250 LEC).

3. La acumulación de procesos cuando las diferentes acciones deben seguirse por los cauces de procesos distintos

Como hemos visto, no existe ningún obstáculo para acumular en una misma demanda¹⁶ acciones que, por sí solas, deberían ser ventiladas, por razón de la cuantía, a través de los trámites del juicio verbal, a otras que, ya sea por razón de la cuantía, ya sea por razón de la materia, deban ser ventiladas por los trámites del denominado juicio ordinario. Todas ellas tienen cabida en el marco del proceso ordinario de cuantía superior en el que podrán pues ventilarse sin problema alguno las distintas acciones acumuladas.

El problema surge cuando se pretendan acumular al denominado juicio ordinario acciones que deberían articularse por los trámites del denominado juicio verbal, pero no por razón de su cuantía, sino por razón de la materia.

Entre el heterogéneo listado de materias a ventilar por los trámites del denominado juicio verbal, existen algunas que avocan al seguimiento de procesos de naturaleza sumaria. Como es sabido, se entiende por procesos de naturaleza sumaria aquellos cuyo ámbito de cognición está limitado y por tanto no producen plenos efectos de cosa juzgada, que debe entenderse limitada a aquellas cuestiones que, debatidas o no, hubieren tenido cabida en el ámbito cognoscitivo del proceso sumario.¹⁷ Con deficiente técnica legislativa¹⁸, la LEC

15. Desde la entrada en vigor del RDL 6/2023.

16. Y, consecuentemente, en un mismo proceso.

17. Sobre la eficacia de cosa juzgada de las sentencias dictadas en procesos sumarios, limitada empero al ámbito cognoscitivo del proceso sumario, vid. *per omnia*, Serra Domínguez, M., «Comentario al artículo 1252», en la obra colectiva (dirig. Albaladejo), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1981, t. XVI, vol. 2º, págs. 627-704. Sobre la eficacia de cosa juzgada referida al juicio sumario de desahucio de la LEC 1881, vid. mi trabajo Alonso-Cuevillas, *Procesos arrendaticios urbanos y comunes tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994*, J.M.Bosch, Barcelona, 1996, págs. 114-120.

18. Por cuanto afirma que «no producirán efectos de cosa juzgada», cuando lo cierto es que sí producen dichos efectos de cosa juzgada, si bien limitada, como hemos visto, al ámbito cognoscitivo del proceso sumario.

se refiere a dichos procesos en el artículo 447, al negar —incorrectamente—¹⁹ la eficacia de cosa juzgada a las sentencias «que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión», «las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo», o «sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias», «las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito», así como «las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos»²⁰.

Así las cosas, como quiera que tras el proceso sumario cabe por definición un posterior plenario para debatir en él todo aquello que no tuviere cabida en el sumario, no existe ningún impedimento conceptual para acudir directamente al plenario ejercitando en él cualesquiera clases de acciones, tanto aquellas que pudieren haberse ventilado a través de un proceso sumario como aquellas otras eventualmente acumulables a las primeras.²¹

La cuestión deviene empero más compleja cuando contemplamos aquellas materias deferidas al denominado juicio verbal cuyo ejercicio diere lugar al seguimiento de un proceso de naturaleza plenaria.

La problemática afecta pues a todos aquellos supuestos en los que la acción base deba ventilarse por razón de la materia a través de un juicio verbal de carácter plenario, mientras que la acción acumulada rebase, por razón de su cuantía²², los límites del juicio verbal y deba por ende ventilarse por los trámites del denominado juicio ordinario.

19. Vid. nota anterior.

20. Cfr. párrafos 2, 3 y 4 del citado artículo 447 LEC.

21. Aun cuando la cuestión resulta a mi juicio clara, existe disparidad de opiniones al respecto. Así, en un reciente artículo colectivo sobre la acumulación de acciones de reclamaciones de rentas y otras cantidades en el juicio de desahucio sólo uno de los juristas consultados (Achón Bruñén) se muestra claramente favorable, mientras que el resto excluyen (Salas Carceller y Adán Doménech) o limitan (Magro Servet) tal posibilidad. Cfr. VV.AA (coord. Fuentes-Lojo Rius, A.), «Problemática sobre acumulación de acciones de reclamaciones de rentas y otras cantidades», en *Actualidad Civil*, Nº 2, Sección Derecho Inmobiliario, Febrero 2024, LA LEY 7181/2024. A mi entender, la complejidad de la cuestión radica en que la LEC 2000 configura el juicio de desahucio no como un proceso especial sino como un proceso ordinario con especialidades, surgiendo entonces la duda de si las especialidades procedimentales *ratione materiae* podrán seguir la acción con independencia del tipo procedimental seguido. Sobre el particular, vid. más ampliamente mi trabajo Alonso-Cuevillas, *Procesos arrendaticios urbanos y comunes*, cit., págs. 113-120.

22. Aun cuando parece difícil que se dé el supuesto en que una acción deba tramitarse por juicio verbal y otra por ordinario, en ambos casos por razón de la materia, conceptualmente el problema sería idéntico.

El problema se plantea con bastante frecuencia en la práctica forense²³ surgiendo siempre la duda de si es posible acumular las correspondientes acciones en una misma demanda o si, por el contrario, deben seguirse dos procesos separados, normalmente²⁴ de forma sucesiva.

La problemática es pues común a diversos supuestos²⁵, si bien nos centraremos aquí²⁶ en el particular supuesto²⁷ de las acciones contempladas en el ordinal 2º del artículo 250.1 LEC, esto es «las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca» cuando pretenda acumularse otra acción, normalmente de resarcimiento²⁸, que no tenga cabida en los límites del juicio verbal.

Todo ello quedando por ende por sobreentendido que las reflexiones que aquí se efectúen y las conclusiones que se alcancen serán asimismo predicables *mutatis mutandi* a los restante supuestos en los que se plantee idéntica problemática.

4. Especial referencia al juicio de desahucio por precario. Sobre la naturaleza jurídica del desahucio a precario

A diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia de la antigua LEC de 1881, bajo la vigencia de la actual LEC 2000 no cabe duda de que el desahucio a precario es hoy un proceso plenario. Así, como afirma la STS 386/2012, 11 de junio de 2012:

23. Con relativa frecuencia recibo consultas de Abogados que se cuestionan si pueden acumular o no las correspondientes acciones. En particular, la de desahucio a precario (art. 249.1.2º) con el resarcimiento de daños a los propietarios o copropietarios y, en los últimos tiempos, las «acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia» (art. 249.1.14º, introducido por el RDL 6/2023) con las acciones de nulidad por vicios del consentimiento que suelen ejercitarse juntamente con aquellas.

24. Por cuanto, en la práctica forense, la acción base (acción de precario, condiciones generales de contratación) suele ser la que debe ventilarse a través del juicio verbal.

25. A todos aquellos en los que se den las premisas antedichas: la necesidad o conveniencia de acumular a una acción del listado de materias del artículo 250 LEC (que deben ventilarse por razón de la materia a través del juicio verbal), otra que no tenga cabida en el ámbito cognoscitivo del juicio verbal o proceso de cuantía inferior.

26. Básicamente para simplificar y facilitar la exposición.

27. Muy frecuente en la práctica forense.

28. Aunque también pudiera ser alguna acción de repetición. Por ejemplo, la reclamación de la alícuota parte del IBI u otras cargas dominicales al coheredero o comunero que ha venido ocupando en exclusiva la cosa común.

«[...] tras la reforma, operada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil el juicio de desahucio por precario ha dejado de tener un carácter sumario con restricción de medios de ataque y defensa que impedía analizar todas las cuestiones que pudieran plantearse desde el momento en que la complejidad del asunto quedaba constatada; relegando la discusión al ámbito del juicio plenario que hubiera lugar. Evidentemente la modificación producida en la nueva ley adjetiva en este aspecto, de acuerdo con los arts. 447 en relación con el art. 250, provoca una nueva perspectiva de la denominada comúnmente cuestión compleja, en cuanto que en el campo de este procedimiento podrán analizarse las distintas relaciones jurídicas que quieran alegarse como justificación de la posesión que se ostenta, aunque eso sí limitadas al ámbito posesorio de cuya recuperación se trata.»

Concluyendo así (con cita expresa de la SAP Alicante de 3 de abril de 2003):

«[...] ya no es posible atribuir naturaleza sumaria al juicio de desahucio en precario, y señalar que su ámbito se reduce al examen del título invocado por el actor, la identificación del objeto sobre que recae y al estudio de la situación del demandado como poseedor material sin título, o cuando el invocado sea ineficaz y sin pagar merced, de tal manera que en su seno solamente pueden resolverse situaciones sencillas, claras y nítidas, posponiéndose todo otro problema jurídico al proceso declarativo correspondiente (vid. STS 1.ª de 31 de enero de 1995). De igual forma ya no puede aplicarse la consolidada línea jurisprudencial, según la cual, no pueden ventilarse en su ámbito cuestiones de naturaleza compleja, que presenten como dudosa la verdadera situación de los demandados respecto a los bienes objeto de desahucio».

Sentada la naturaleza plenaria del juicio de desahucio a precario, cosa que descarta poder renunciar al proceso sumario y acudir directamente al plenario, la siguiente duda que se plantea es si el seguimiento de ese proceso declarativo plenario (el juicio verbal o de cuantía inferior) al que la ley defiere el tratamiento de la materia tiene, o no, carácter cogente.

5. Carácter cogente o dispositivo de la remisión legal al juicio verbal

Como acabamos de anticipar la clave para resolver el problema que estamos analizando será determinar si la remisión efectuada por el artículo 250 LEC para que la cuestiones relativas a determinadas materias sean ventiladas por los trámites del denominado juicio verbal es una norma de carácter imperativo o cogente o, por el contrario, se trata de una norma de carácter dispositivo.²⁹

29. En la célebre expresión acuñada entre nosotros por el Profesor Fairén Guillén, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, se entiende por plenario rápido aquella modalidad simplificada de proceso ordinario que pretende enjuiciar con mayor celeridad determinadas materias. Sobre la recepción del con-

Deferir a un tipo procedimental u otro la litigiosidad derivada de determinadas materias es, desde luego, una opción de política legislativa. Puede ser que el legislador haya adoptado la concreta opción pensando en descongestionar la carga judicial, partiendo de la premisa de que el seguimiento de un juicio verbal carga menos la agenda judicial que el seguimiento de un proceso ordinario que requiere también la celebración de una audiencia previa, o puede ser que el legislador haya optado por articular un proceso plenario acelerado para favorecer la protección más eficaz de determinados derechos (*favor actoris*).

En este último caso, es decir si el seguimiento de un proceso más simple se hubiese articulado para favorecer la protección de determinados derechos, parece claro que el beneficiario de dicha norma proteccionista de su derecho (*favor actoris*) habría de poder renunciar al privilegio del proceso acelerado cuando en el caso concreto le comporte más perjuicios que beneficios. Y está claro que si bien en teoría un juicio verbal debería tener una resolución más rápida que un proceso ordinario, si el precio a pagar consiste en tener que promover después un segundo proceso para obtener la tutela completa (*periplo judicial*), resulta más conveniente acogerse al proceso de teórica tramitación más lenta pero ahorrarse el coste y tiempo necesarios para el seguimiento de dos procesos consecutivos.

Y si el legislar hubiese optado por el trámite más simple del proceso de cuantía inferior pensando en la descongestión de la administración de justicia (es decir, pensando en la *economía procesal*), cabría asimismo destacar que dicha solución conculcaría el principio de economía procesal cuando se obligare al seguimiento de dos procesos consecutivos para la obtención de la tutela judicial efectiva pretendida por el actor.

Sea pues como fuera, parece que obvio que permitir el seguimiento de un único proceso favorece tanto a la propia administración de justicia como al petitionante de tutela judicial. Y favorece asimismo al eventual demandado que evitará ser sometido a dos procesos judiciales consecutivos con el incremento de costes y riesgo de costas procesales que ello comporta.³⁰

cepto en nuestro ordenamiento procesal, véase mi trabajo Alonso-Cuevillas, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J.M.Bosch, Barcelona, 1992, págs. 34-38.

30. Un problema similar se planteó tras la creación de los Juzgados Mercantiles (consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, creando el art. 86 ter) que, al quedar atribuida la competencia objetiva para el conocimiento de las cuestiones societarias a los Juzgados Mercantiles, cuando se pretendía reclamar la responsabilidad de los administradores por deudas sociales del (antiguo) arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL (actual art. 367 LSC), en una interpretación literalista rigurosa debería primero acudirse a los Juzgados de Primera Instancia, objetivamente competentes para conocer de las reclamaciones de cantidad contra la sociedad mercantil y accionar después la responsabilidad de los administradores ante el correspondiente Juzgado Mercantil. Algunos defendimos ya entonces la conveniencia de poder interpretar flexiblemente las normas de

Y, en todo caso, el seguimiento de un único proceso a través de los cauces del juicio ordinario no supone pérdida de derechos procesales para ninguna de las partes. Recuérdese que al regular la acumulación de procesos el segundo párrafo del artículo 77.1 LEC prevé expresamente que «se entenderá que no hay pérdida de derechos procesales cuando se acuerde la acumulación de un juicio ordinario y un juicio verbal, que proseguirán por los trámites del juicio ordinario, ordenando el tribunal en el auto por el que acuerde la acumulación, y de ser necesario, retrotraer hasta el momento de contestación a la demanda las actuaciones del juicio verbal que hubiere sido acumulado, a fin de que siga los trámites previstos para el juicio ordinario». Es decir, si no existe obstáculo para la acumulación de dos procesos iniciado uno por los trámites del juicio verbal y el otro por los del ordinario, tampoco debe existir obstáculo que impida que el mismo efecto (tramitación de ambas acciones en un único proceso) pueda obtenerse mediante la acumulación inicial de acciones.

6. Conclusión

Con base a todos los argumentos expuestos en este breve trabajo en homenaje al Prof. Cachón Cadenas, concluyo que, a mi entender, no existe obstáculo conceptual alguno que impida que las acciones que por razón de la materia la LEC remite al denominado juicio verbal puedan ser ventiladas a través del denominado juicio ordinario para poder acumular en una misma demanda otras acciones que no tendrían cabida en el marco del proceso de cuantía inferior.

Con esta interpretación, que no supone merma ninguna de garantías para ninguna de las partes, se evita la inconveniente duplicidad de procesos y, por consiguiente, se respeta en mayor medida el principio de economía procesal.

En todo caso, los operadores jurídicos³¹ deberían atreverse a plantear la acumulación inicial de acciones con la tranquilidad de que la elección no debería acarrear ninguna consecuencia negativa para sus clientes habida cuenta del juego combinado de los artículos 254.1 y 73.3 LEC. Conforme al primero de dichos preceptos (art. 254.1 LEC), el Letrado de la Administración de Justicia deberá dar a la demanda la tramitación que corresponda³² y, conforme al se-

competencia objetiva, permitiendo la acumulación inicial de ambas acciones, solución que fue posteriormente acogida por la jurisprudencia (particularmente relevante fue el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Ponente Garrido Espá, de 13 de febrero de 2006) y finalmente por la ley (Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil, que modificó el art. 73.1 LEC). Cfr. Alonso-Cuevillas, *La <<vis atractiva>> del proceso concursal*, págs. 161-163.

31. Singularmente los Abogados.

32. Mediante diligencia de Ordenación recurrible directamente en revisión ante el Tribunal.

gundo (73.3 LEC), si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible. Así, entiendo resulta aconsejable acumular inicialmente ambas acciones solicitando que el proceso se tramite a través del cauce del proceso ordinario y, en caso necesario desistir de la acción acumulada³³ para que el proceso, ya limitado a la acción a seguir por el juicio verbal pueda seguir su curso por el trámite correspondiente.³⁴

Es de esperar que la práctica judicial primero y la jurisprudencia después acaben por admitir la acumulabilidad inicial de ambas acciones a través del cauce del proceso ordinario de cuantía superior, solución ésta que entendemos más acorde con la economía procesal.

La interpretación de las normas procesales debe velar por el máximo respeto a las garantías de las partes sin erigirse en laberínticos impedimentos que mediante interpretaciones rigoristas o literalistas menoscaben sin razón alguna el derecho a la tutela judicial efectiva.

33. Con manifestación expresa de que se reserva su ejercicio para un proceso posterior.

34. Este es el consejo que siempre doy a los Letrados que me consultan sobre el particular, aconsejándoles asimismo empero que adviertan previamente al cliente sobre la problemática.

IV | En torno a la flexibilización del proceso

Lorenzo Bujosa Vadell¹
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LEGALIDAD PROCESAL CON EXCEPCIONES. III. EL CASE MANAGEMENT COMO VÍA DE FLEXIBILIZACIÓN. IV. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN DE LAS PARTES Y LA BUENA FE. V. LOS NEGOCIOS PROCESALES. VI. A MODO DE EPÍLOGO. VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

Es un dogma del Derecho Procesal clásico la vigencia del principio de legalidad, que ha conllevado la consideración de sus normas como imperativas, con escasas excepciones, y, por tanto, como aplicables de manera directa en cuanto se constatará el supuesto de hecho previsto en ellas. En este contexto nos hemos formado los procesalistas de los países de nuestro entorno cultural, por lo menos desde que se asentó la concepción del Derecho Procesal en el seno del Derecho Público².

Así, el proceso sería el instrumento que pone en marcha quien ejercita el derecho de acción para que la jurisdicción actúe a través de las normas específicamente previstas. Esta es justamente la perspectiva que el propio Tribunal Cons-

1. La huella del trabajo investigador del Prof. Cachón Cadenas en el procesalismo es indeleble, tanto en sus modélicos estudios históricos, como al sopesar de manera cuidadosa e iluminadora conceptos e instituciones viejas y nuevas en sus otras publicaciones. No tuve la suerte de disfrutar de su docencia, pero sí de oírle muchas veces en tribunales y conferencias, sin dejar de aprender de él en ninguna de ellas. Es un honor participar en su homenaje con esta modesta contribución.

2. Así, DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General del Proceso*, 2.ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 41: «El derecho procesal, por el hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que esto acarrea; es decir, sus normas son de orden público; no pueden derogarse por acuerdo entre las partes interesadas; son generalmente de imperativo cumplimiento y prevalecen en cada país sobre las leyes extranjeras».

titucional acoge desde sus primeras sentencias, al conformar el complejo contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues destaca que implica una protección en la forma jurídicamente regulada: «que, en definitiva, se concreta en el derecho de que, para el sostenimiento de los legítimos intereses, se abra y sustancie un proceso y un proceso en el que se cumplan y observen las garantías que el propio precepto enumeró» (STC 22/1982, de 12 de mayo). Se trata, como el alto tribunal afirma, de un «derecho de configuración legal» (entre muchas otras, la STC 99/1985, de 30 de septiembre), «cuya configuración no preexiste a la norma, sino que la crea, determinando su contenido y alcance» (STC 116/1986, de 8 de octubre).

Naturalmente, como sabemos, este desarrollo legislativo no es incondicionado, sino que está sometido a las garantías procesales constitucionalizadas. El Tribunal Constitucional nos recuerda cómo los requisitos y presupuestos legalmente establecidos no responden al capricho puramente ritual del legislador, sino a la necesidad de ordenar el proceso a través de ciertas formalidades objetivas establecidas en garantía de los derechos e intereses legítimos de las partes (SsTC 185/1987, de 18 de noviembre; 16/1992, de 10 de febrero; 132/1992, de 28 de septiembre y 221/1994 de 18 de julio).

De este modo, como resume la STC 61/1994, de 28 de febrero, el Alto Tribunal «ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24 C.E., garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales».

Se derivan, pues, de esta pacífica jurisprudencia por lo menos dos planos, que se revelarán fundamentales en lo que se examinará en las páginas que siguen: un plano de mera legalidad, es decir, la conformación de la sucesión de los actos procesales como decisión del legislador ordinario³, y, otro plano, relativo a unos condicionantes ineludibles, unas garantías derivadas de la propia Constitución: básicamente la bilateralidad, la contradicción y la igualdad de armas. A ello habría que añadir, además, otro nivel de exigencias inescusables: el contenido en textos supranacionales vinculantes.

3. De manera expresiva, ORTELLS RAMOS, M., «El Derecho procesal en el contexto del Derecho», en *Introducción al Derecho Procesal* (M. Ortells Ramos y otros), XI ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 39: «Esta actividad de las partes y del tribunal no puede desarrollarse de cualquier manera, ni siquiera de la manera que el tribunal considere más adecuada. Debe desarrollarse de acuerdo con la ley, que establece los requisitos de cada acto y la relación entre los mismos, y que hace depender del cumplimiento de esos requisitos la validez y la eficacia de la actividad realizada. Esta actividad jurídicamente regulada de las partes del tribunal es (...) el proceso...».

Por consiguiente, aún con algunas excepciones que confirmarían la regla —a las que me referiré brevemente más adelante—, se excluye la posibilidad del llamado «proceso convencional», es decir, el proceso cuya estructura y procedimiento sea acordado por las partes o decidido discrecionalmente por el juez⁴. Y esta ha sido una de las diferencias que han separado tradicionalmente el proceso y el arbitraje: el proceso, sometido a la configuración decidida por cada legislador en sus respectivas coordinadas espacio-temporales; y el arbitraje, en el que se puede extender el ejercicio de la voluntad de los litigantes al propio procedimiento, por lo menos respecto al sometimiento a una institución arbitral con un específico reglamento de actuación, cuando no a la directa ordenación de los trámites por las partes mismas⁵.

Sin embargo, desde hace algún tiempo, aún desde el respeto a las garantías fundamentales, se ha puesto en discusión esta concepción del proceso configurado principalmente a través de normas de *ius cogens*, no solo desde diversas opiniones doctrinales fundadas, sino sobre todo a través de interesantes ejemplos de Derecho positivo. De modo que la imperatividad de las reglas procesales, que en su mayor parte dábamos por indiscutible, ha dado lugar a debates en torno al proceso flexible o articulado, sobre todo a partir de las reformas Woolf en Inglaterra a finales del siglo pasado, con reflejos de especial interés en ordenamientos de raigambre romano-germánica como el portugués o el brasileño.

Si razones de seguridad jurídica, de respeto a la igualdad y hasta de simplificación abogarían por mantener una estricta aplicación del principio de legalidad —aún con las aludidas excepciones—, es tentadora la idea de adaptar los trámites a las necesidades del caso concreto, para evitar trámites inútiles o superfluos, para facilitar soluciones de justicia material, o incluso, desde plantea-

4. En este sentido, muy claramente, FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, pp. 59-90: «Debe prohibirse también el llamado ‘proceso convencional’; el consistente en perseguir un fin lícito a través de formas no previstas en las leyes. (Es el caso histórico del tristemente llamado ‘juicio sumario indeterminado’; ‘un proceso sin procedimiento’, dejado ésta, con vagas excusas, al arbitrio del Juez; fenómeno anormal que invadió gran parte de Europa entre los siglos XVI y XVIII...»). En el mismo sentido ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., «Fuentes del Derecho Procesal», en *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I* (Coord. J.L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar), 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 344: «... no pueden disponer, ni las partes, ni los propios órganos judiciales, acerca de la aplicación de las normas procesales o acerca de los efectos jurídicos que vayan a producir las mismas. No cabe un proceso convencional, esto es, un proceso cuya regulación se deje a la autonomía de la voluntad de los interesados en la resolución del conflicto».

5. El Proyecto de Ley Modelo de Arbitraje Comercial, aprobado en Porto Alegre en mayo de 2023 por la Asamblea del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, al enumerar en su artículo 1 los principios del arbitraje, establece el de:

«c) Flexibilidad de las formas: el arbitraje no estará sujeto a formalidades que entorpezcan el desarrollo del proceso, quedando las partes habilitadas a establecer las normas que mejor estimen corresponder según cada caso a las que deberá ajustarse el tribunal en tanto éstas no desvirtúen el arbitraje y no lo prohíba la ley».

mientos economicistas, para una mejor gestión de los recursos. Se vislumbra en ello la puesta en cuestión de paradigmas asentados, pues hablar de *case management*, de negocios jurídicos procesales o de contratos sobre medidas cautelares o medios de prueba⁶, nos sitúa ante horizontes novedosos, ante los que los procesalistas no debemos permanecer indiferentes⁷.

2. Legalidad procesal con excepciones

Tras la superación de las doctrinas privatistas para la explicación de la naturaleza jurídica del proceso, este suele concebirse como el término de «instrumento», con su inherente vaguedad⁸, que fue llenada de contenido a través de las diversas teorías que ya conocemos, ya situadas sin embargo en el ámbito del Derecho público. No es menor la característica de la instrumentalidad, ni tampoco la colocación sistemática en ese amplio sector del Derecho en el que el Estado es protagonista y el interés público predominante, pues de ello se han derivado consecuencias respecto a la concepción y a la vigencia del principio de legalidad en nuestra disciplina.

Naturalmente, la manida cuestión de respecto a qué es instrumento el proceso, tiene implicaciones que nos interesan, pues esta perspectiva nos lleva a relacionar el proceso con el ejercicio de la potestad jurisdiccional y con la satisfacción de la tutela judicial efectiva, por supuesto con el respeto a todas las garantías constitucionales⁹. De ello es fácil deducir que la regulación del proceso debe estar encuadrada también en el ámbito de lo público, cuya manifes-

6. Precisamente, una de las mesas de la II Conferencia Internacional IIDP – IAPL y de las XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Salamanca en el mes de octubre de 2018, se dedicó a las facultades del juez en la actividad probatoria y a los acuerdos probatorios.

7. No cabe duda de que esta tendencia se enmarca en la evolución contemporánea del Derecho que lleva a superar la centralidad de la ley por la expansión de la actividad contractual, con todos los riesgos que ello puede implicar y con el trasfondo ideológico que lo sostiene. Así, ESTEVE PARDO, J., *El camino de la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2023, y con mayor atención a las consecuencias procesales, ARMENTA DÉU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

8. DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade do processo*, 14.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009: «É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima em função dos *fins* a que se destina».

9. PEDRAZ PENALVA; E., «Sobre el ‘poder’ judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, Madrid, 1990, p. 143, afirma que «El monopolio estatal respecto a la Justicia se corresponde con su deber de garantizarla, deber de carácter público sustantivo que respecto de los particulares se manifiesta como el deber de los órganos jurisdiccionales —establecidos por el Estado— de desarrollar una actividad (función jurisdiccional) consistente en garantizar la Justicia en la forma jurídicamente regulada (proceso). Consecuentemente puede hablarse de un derecho de naturaleza pública material: derecho a la garantía de la Justicia, lógica emanación del ‘status civitatis’».

tación democrática se expresa a través de la ley, como norma general y abstracta aprobada por el parlamento tras el correspondiente debate político¹⁰; norma general, aunque susceptible de diferenciaciones relativas a los distintos tipos de objetos procesales que procuran satisfacción. Y, como señalaba GUASP, desde su propia concepción del proceso: «si la institución del proceso tiene carácter público, las normas que a ella hacen referencia no pueden evidentemente, por menos de calificarse como públicas también»¹¹.

El amplísimo predominio de la legalidad procesal no impidió, sin embargo, la concurrencia de algunas normas dispositivas, regladas por supuesto también a través de la ley. El ejemplo más claro probablemente sea la previsión de las sumisiones, sobre todo las expresas, pero también las tácitas, como expresión de la voluntad particular con efectos en el proceso. Es sabido, sin embargo, que estos actos de disposición sobre las normas de competencia territorial han sufrido limitaciones destacadas, como puede comprobarse en los apartados primero y segundo del artículo 54 LEC. Especialmente ilustrativo es el segundo, al establecer una norma de protección de la parte procesal más débil y, por tanto, como garantía de igualdad: «No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios».

Es solo una muestra de que la voluntad de las partes también está presente en nuestro ordenamiento en la conformación concreta del proceso. Pero hay más ejemplos, que están en la mente de todos: en el ámbito civil, en los asuntos en que predominan intereses privados, la disponibilidad de las pretensiones puede implicar alteraciones procedimentales evidentes y, en particular, terminaciones anticipadas del proceso. En el ámbito penal, es claro el efecto procesal de la conformidad en los procesos penales en que se considera admisible o las abundantes posibilidades de aplicación de la oportunidad reglada en el proceso penal de menores. Son, por tanto, no pocas flexibilizaciones que son acep-

10. Como recuerda ESTEVE PARDO, J., *El camino...*, op. cit., p. 44: «El XX es el siglo de la exaltación del principio de legalidad como principio que domina por completo toda la actividad de los poderes públicos». Siendo esto así, sin embargo, MARINONI, L.G., ARENHART, S.C., MITIDIERO, D., *Curso de Processo Civil*, vol. 1. Teoria do Processo Civil, 8.ª ed., Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, p. 75, señalan que «A ideia da lei genérica e abstracta, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por 'homens livres e iguais' e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas». Más ampliamente, vid. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, 11.ª ed, 1.ª reimpresión, Trotta, Madrid, 2019, pp. 36-37: «Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características 'clásicas' de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el 'mercado de las leyes'».

11. GUASP, J., *Concepto y método de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 57.

tadas en nuestro contexto jurídico —no todas ellas, evidentemente sin acaloradas discusiones—.

Tanto la posición dominante del principio de legalidad procesal, como las excepciones que de manera ilustrativa se han mencionado, hasta el momento están perfectamente asentadas en nuestro Derecho Procesal. Pero lo que se plantea en el Derecho comparado va bastante más allá, pues se refiere a una actitud general de las partes y del juez, muy distinta a la que hasta ahora hemos conocido¹². Aunque quizás pueda intuirse que la razón de fondo no es tan nueva: tratar de ajustar el proceso y, correlativamente, su vertiente procedimental externa, a las necesidades materiales del caso concreto, lo que ocurre ya en las excepciones vigentes de las que, sin ánimo exhaustivo, acabamos de dar cuenta.

3. El *case management* como vía de flexibilización

GARCÍA ODGERS se refiere al *case management* como una síntesis evolutiva contemporánea de la justicia civil¹³, que hasta hace poco tiempo ha sido objeto de escasa atención en los países de nuestra tradición jurídica, a diferencia de la abundancia de reflexiones en el mundo anglosajón. La idea de fondo es la de la discrecionalidad judicial en la conformación concreta del proceso, acompañada de la colaboración de buena fe de las partes en el cumplimiento de fines públicos. Es muy clara la definición de SCHUMANN BARRAGÁN, cuando afirma que «es aquella función típicamente judicial que consiste en la dirección, la administración y la organización del proceso. Para que el juez pueda llevarla a cabo es necesario atribuirle determinados poderes y crear un procedimiento flexible que se lo permita»¹⁴.

En consonancia con las tendencias que destacan la necesidad de alcanzar no sólo la eficacia de la actividad jurisdiccional (art. 24.1 CE), sino también la eficiencia procesal, los Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional¹⁵

12. DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade...*, op. cit., p. 317, hablaba ya de una cierta desmitificación de la ley procesal: «Não se trata de desprocessualizar a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais estão depositados séculos de experiência que seria ingênuo querer desprezar. O que precisa é desmitificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema».

13. GARCÍA ODGERS, R., *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 37-42.

14. SCHUMANN BARRAGÁN, G., «La gestión y la flexibilidad del procedimiento: ¿un proceso civil convergente con Europa?», en *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 117.

15. Adoptadas por ALI y UNIDROIT en 2004.

<https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-spanish.pdf>

recogen esta idea cuando se refieren, en el principio 14, a la «Responsabilidad del tribunal por la conducción del procedimiento», e instan a que el tribunal, tan pronto como sea posible, conduzca el procedimiento activamente, ejerciendo su libertad de criterio para lograr la solución del litigio de manera justa, eficiente y con rapidez razonable. Más concretamente, el tribunal debe decidir «el orden en que las cuestiones serán resueltas y fijará una agenda para todas las etapas del proceso, incluyendo fechas y plazos». Y añade que el propio tribunal podrá modificar estas resoluciones.

A su vez, las más recientes *Model European Rules of Civil Procedure*¹⁶ formulan un deber general de gestión procesal para el juzgador: «Es responsabilidad del tribunal gestionar e impulsar el proceso de modo activo y eficaz, tratar a las partes con igualdad y velar durante todo el proceso porque las partes y sus abogados cumplan con sus responsabilidades en virtud de las presentes Reglas». Para lo cual se introduce un concepto clave: el de la proporcionalidad procesal, al disponer en el artículo 5 que «el tribunal velará porque el proceso se desarrolle con la debida proporcionalidad» y lo explicita en el apartado siguiente: «Para valorar si el procedimiento se está desarrollando con la debida proporcionalidad, el tribunal tendrá en cuenta la naturaleza, importancia y complejidad del asunto, así como el necesario cumplimiento de su propio deber de gestión procesal y, en general, el interés en una buena administración de justicia».

Por otro lado, se establece en el artículo 50 que el órgano jurisdiccional podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, cualquier medida de gestión e impulso del proceso y, en todo momento, podrá modificar o revocar, también de oficio o a instancia de parte, cualquier medida dictada a ese efecto. Si las partes solicitaran conjuntamente la adopción de determinada medida sobre las mismas cuestiones, el tribunal no adoptará otra distinta sin causa justificada. Se apunta aquí a lo que destacaremos en el apartado siguiente: que esta posición activa del juez debe conjugarse con una posición dinámica y diligente de las partes procesales. Ello no impide, sin embargo, que el tribunal dicte estas resoluciones incluso sin oír previamente a alguna de las partes, si lo considerara necesario¹⁷ (artículo 50).

Como se enuncia al inicio del texto: «Estos Principios son estándares para la solución jurisdiccional de los litigios comerciales transnacionales. También pueden ser útiles para resolver otros tipos de litigios de naturaleza civil y servir de base a futuras iniciativas de reforma del proceso civil».

16. Adoptadas por ELI y UNIDROIT en 2020.

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Reglas-en-espan_ol-2022-28-junio.pdf

17. Sin embargo, en ese caso las partes podrán solicitar que se reconsidere la decisión en una vista oral o por escrito, con el fin de no hurtarles vías de defensa ante las decisiones judiciales.

No podemos dejar de observar las numerosas medidas que este texto articulado¹⁸ permite adoptar al tribunal, conforme al artículo 49, porque nos permiten llenar de contenido específico la expresión «gestión del proceso» (*management*). Son muestras ilustrativas de la amplia discrecionalidad procesal del órgano jurisdiccional, que puede señalar audiencias para la gestión del proceso; determinar el tipo y el cauce procedimental que deba seguirse; establecer un calendario procesal que comprenda plazos para las actuaciones que deban realizar las partes o sus abogados¹⁹; limitar el número y la extensión de los escritos que hayan de presentarse; determinar el orden en el que hayan de enjuiciarse las cuestiones litigiosas y la posible acumulación o escisión de procesos; acordar el tratamiento separado y preliminar, mediante audiencias convocadas a tal fin, de cuestiones en materia de jurisdicción y competencia, medidas cautelares y caducidad o prescripción; disponer lo que proceda ante cualquier cambio en la composición o en la representación procesal de las partes, o en relación con la participación e intervención de terceros; valorar la admisibilidad de cualquier posible modificación de las pretensiones ejercitadas o de la prueba propuesta a la luz de las alegaciones de las partes; requerir la comparecencia en persona de las partes o de sus representantes legales, que serán informados previamente de todo lo relativo al procedimiento; examinar la disponibilidad, admisibilidad, forma, exhibición e intercambio de medios de prueba.

Se configura de este modo un juez activo, con amplias facultades de dirección formal y material, para ajustar el procedimiento de manera proporcionada a las peculiaridades del caso concreto. COMOGLIO lo resume diciendo que hay un «reemplazo sustancial de la visión de la función judicial como inactiva y esencialmente arbitral (*umpireal judge*) por una activa e incisiva del desarrollo del proceso (*managerial judge*)»²⁰, de modo que quedaría de este modo superada la estructura meramente adversarial que se desarrolla ante un juez pasivo y espectador.

18. Como su propio nombre indica, no se trata de ningún código, sino de una propuesta meditada dirigida a los legisladores nacionales. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2021), vol. 13, núm. 1, pp. 283-286.

19. TROCKER, N., y VARANO, V., «Concluding Remarks», *The Reforms of Civil Procedure an Comparative Perspective*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 250: «An important feature of the flexible procedural models is that they are characterized by deadlines which can be adjusted by the judge, even if they are legislatively predetermined».

20. COMOGLIO, P., «Cuestiones atinentes a garantías jurisdiccionales y acceso a la justicia civil», en *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada* (A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 62.

Y como resulta evidente, esto implica una transformación de las facultades de los principales sujetos procesales, pero no supone simplemente un reforzamiento de la posición del juzgador en detrimento de las facultades de las partes, sino una combinación tentativamente equilibrada y proporcionada de reforzamientos de ambos planos: el del tribunal y el de las partes, como se explicitará en el apartado siguiente. Aunque hasta ahora estas flexibilizaciones eran más propias del ámbito anglosajón, también hay ejemplos de ellas en ordenamientos de tradición románico-germánica y no todos recientes, como trataremos de resumir en las siguientes líneas.

Como señala ORMAZÁBAL SÁNCHEZ²¹, las FRCP estadounidenses confieren al Juez amplios poderes discrecionales, —y no solo por lo que se refiere a los procesos colectivos²²—, respecto al decreto de archivo con o sin efecto de cosa juzgada, al tratamiento de la pluralidad de partes y de la acumulación de objetos, a la separación de alguno de los aspectos planteados en la demanda para tramitarlos aparte, a la posible exención del deber de aportar información y documentos o a la repetición del juicio. No se trata, sin embargo, de la configuración de un juez propiamente activo, sino de un amplio margen de discrecionalidad de la que puede hacer uso o no²³.

En cualquier caso, la evolución de los países anglosajones desde el tradicional modelo adversarial al juez gestor de los casos (*managerial judge*) parece clara²⁴. Sobre todo con los cambios normativos operados por las conocidas como Reformas Woolf en Inglaterra y Gales, en particular con la promulgación de las *Civil Procedure Rules 1998*, que pretenden reforzar las garantías, pero también la utilización proporcionada de los recursos en términos de eficiencia²⁵ y con la finalidad declarada de evitar el proceso o de propiciar su terminación anticipada. En ellas se señala como objetivo primordial (*overriding objective*) la tramitación de los procesos de manera justa y a un coste proporcionado, lo cual implica, entre otros elementos, garantizar la igualdad de las partes, procurar ahorro de recursos, tratar el caso de manera proporcionada «a la cuantía del

21. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa. Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 50-57.

22. *Class Actions. Rule 23 c) y d) FRCP*.

23. HAZARD, JR, G.C., y TARUFFO, M., *La justicia civil en los Estados Unidos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006, 105: «Las normas que regulan la función del juez en el proceso dan cabida a variaciones que oscilan desde la casi total pasividad a un activismo casi predominante. El principio fundamental es el de que el juez dispone de una ‘discrecionalidad razonable’ a la hora de determinar su propio papel, siempre que lleve a cabo, de un lado, las funciones mínimas que le correspondan y, de otro, no ‘asuma la apariencia de un abogado’».

24. TARUFFO, M., *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, pp. 66-67.

25. SORABJI, J., *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 161-199.

litigio, a la importancia del caso, a la complejidad de las cuestiones planteadas, a la situación financiera de las partes, asegurando una tramitación rápida y justa y con una asignación adecuada de recursos, teniendo en cuenta también la necesidad de asignarlos a otros casos» (Rule 1.1)²⁶.

Pero es el apartado cuarto el que se refiere de manera más directa a la posición activa del juez al establecer el deber del juez de gestionar los casos. Ello implica, entre otras facultades, las de alentar a la cooperación de las partes; decidir qué cuestiones requieren un tratamiento completo y cuáles pueden dejarse a un tratamiento más sumario; decidir el orden en que se resolverán las cuestiones; sugerir a las partes la utilización de procedimientos alternativos de resolución de disputas; fijar cronogramas o controlar de otro modo el avance del caso; considerar si los beneficios probables de un trámite en particular justifican su coste; tramitar el caso sin necesidad de que las partes asistan al tribunal o dar instrucciones para garantizar que el juicio de un caso se desarrolle rápida y eficientemente²⁷.

Como adelantábamos *supra*, sin embargo, hay también ejemplos de *judicial case management* en el ámbito de los ordenamientos de tradición romano-germánica, incluso muy anteriores a las reformas inglesas, hasta el punto de que se menciona como precedente directo la Ordenanza Procesal Austríaca de 1895, que trató de superar el modelo liberal del *Code de Procédure Civil* napoleónico caracterizado por la desconfianza respecto a los jueces propia de la Revolución Francesa. La Ordenanza austríaca reforzó la posición del juez, que ya no es un simple espectador, sino un protagonista activo del proceso²⁸.

Pero también en el ordenamiento francés pueden encontrarse algunos ejemplos de *case management* que tienen poco de nuevos, aunque no utilizaran esa específica denominación. La reforma de 1965 aumentó notablemente los poderes del juez y el Código de 1975 los reforzó aún más, sin convertirlo sin embargo en un ejemplo de proceso inquisitivo, sino teniendo en cuenta la ne-

26. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>

27. GARCÍA ODGERS, R., *El case management...*, op. cit., p. 79, destaca que «la proporcionalidad basada en la complejidad o importancia del asunto parece guiar una buena parte del engranaje, cuyo complemento es la flexibilidad o ductilidad de los procedimientos, necesaria para identificar y manejar los diversos casos que ingresan al sistema según sus características concretas».

28. Vid. más ampliamente GARCÍA ODGERS, R., *El case management...*, op. cit., pp. 274-283. Estamos ante un ejemplo preclaro de la llamada «publicización del proceso», sobre la que puede verse en términos críticos MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad», en *Proceso (Civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 71-73: «El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austríaco o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil».

cesidad de combinar los principios liberales tradicionales que hacían de las partes las dueñas del proceso con la afirmación de los poderes del juez en orden a alcanzar una solución justa para el conflicto²⁹.

4. El principio de cooperación de las partes y la buena fe

Es necesario complementar de inmediato lo que se acaba de decir acerca del fortalecimiento de la posición del juez con la necesidad de estimular la cooperación de las partes. De modo que no se trata de una versión actualizada del debate tradicional relativo al reforzamiento de la posición del juez para debilitar la de las partes, o viceversa, sino de implicar a todos estos sujetos procesales para una participación más activa de todos ellos. Así se deduce con claridad de los propios textos que hemos citado en el apartado anterior.

Los principios de ALI/UNIDROIT instan al tribunal que, al llevar a cabo la gestión del proceso «en la medida en que sea razonablemente posible» consulte a las partes (principio 14.2). A su vez, el apartado segundo del principio 7 formula directamente el deber de colaborar de las partes, y además el derecho a ser consultadas razonablemente a fin de establecer el calendario del procedimiento y, según dispone el principio 11.2: «Las partes comparten con el tribunal la responsabilidad de promover una justa, eficaz y razonablemente rápida resolución del proceso. Las partes deben abstenerse de incurrir en abusos procesales, tales como presionar a los testigos o destruir las pruebas»³⁰. Asimismo, cabe añadir el principio 9.3, relativo a la convocatoria de audiencias «para organizar el procedimiento», «establecer el calendario para el desarrollo del procedimiento», «abordar las cuestiones que requieran tratamiento previo, tales como las relativas a la jurisdicción, medidas provisionales y prescripción», «tratar las cuestiones sobre disponibilidad, admisibilidad, deber de información e intercambio de pruebas», «identificar las cuestiones que puedan dar lugar, eventualmente, a una decisión anticipada total o parcial del litigio» u «ordenar la práctica de la prueba».

29. CADIET, L., «Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law», *Ritsumeikan Law Review*, núm. 28, 2011, pp. 349: «It is a work in composition, because it must conciliate the liberal principles of French tradition which make parties the owners of the lawsuit, and the affirmation of the powers of the judge, who must —as a procedural mandate— realize his mission to achieve the fairest solution to the dispute, which is in the general interest. Justice is a public service and impartiality is not passivity». <https://www.ritsumeikai.ac.jp/acd/cg/law/lex/rtr28/CADIET3.pdf> (última visita 30.8.2024)

30. Sin embargo, para asegurar el principio de contradicción y la igualdad de armas, el principio 1.4 establece que: «Ni el tribunal ni el juez deberán aceptar comunicaciones relativas al litigio hechas por una parte en ausencia de las otras partes, salvo comunicaciones que se refieran a un procedimiento no contradictorio y a la gestión ordinaria del juicio. Cuando se produzca alguna comunicación entre el tribunal y una parte en ausencia de la otra, su contenido deberá notificarse de inmediato a la parte ausente»

Aún más explícitas son las reglas modelo europeas, pues casi en el propio frontispicio, junto al deber de gestión procesal que corresponde al tribunal, se establece un deber general de cooperación, por el cual «Las partes, sus abogados y el tribunal deben cooperar en beneficio de una resolución justa, eficiente y rápida del litigio» (art. 2). Además, entre los deberes de las partes y sus abogados que se formula en el apartado siguiente, se enumeran los de «a) adoptar medidas razonables y adecuadas para resolver el litigio mediante acuerdo; b) contribuir a la adecuada gestión del procedimiento» y los de «d) colaborar con el tribunal en la fijación de los hechos y el derecho aplicable; e) actuar de buena fe y abstenerse de todo abuso procesal en su relación con el tribunal y las demás partes» (artículo 3). Y se añade el enlace con el principio de proporcionalidad procesal en el artículo 6, cuando se exige a las partes y a sus abogados la cooperación «con el tribunal en beneficio de la debida proporcionalidad en el desarrollo del procedimiento».

La cooperación, como se ha dicho, se sitúa como eje central³¹. Pero en realidad, se trata de un conjunto de deberes de cooperación en varios sentidos, no solo la exigencia de cooperación con el órgano jurisdiccional, en un planteamiento dinámico y pretendidamente eficiente de la gestión procesal, sino también la exigencia de una equitativa cooperación de las partes entre sí³². Así puede observarse en el artículo 51, cuando se establece el deber de promover la resolución del litigio por acuerdo y la gestión eficaz del proceso: «1. Antes del proceso, las partes cooperarán para evitar controversias y costes innecesarios, facilitar una solución temprana del litigio mediante acuerdo, y, si ello no fuera posible, promover una gestión proporcionada del proceso ulterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 a 11 y 47 a 50». Para ello se expone un desmenuzamiento de deberes, entre los que cabe destacar el intercambio de información sucinta sobre sus posibles pretensiones o defensas; la consideración de la posibilidad de fijar un calendario procesal, de estimar el posible coste del proceso y de tener en cuenta cuestiones de caducidad y prescripción, jurisdicción y competencia, tutela cautelar y cualesquiera otras cuestiones procesales.

31. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las European Rules...», *op. cit.*, p. 286.

32. UZELAC, A., «Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations», *Hungarian Journal of Legal Studies*, March, 2017, pp. 8-9: «The main idea that permeates all of the proposed rules, using the language of Principle 11, is the idea of shared responsibility of both the parties (and their lawyers) and the court for a fair, efficient and speedy resolution of the civil proceedings. This idea, in the view of the Working Group, transcends the customary opposition between adversarial proceedings (in which parties, as the dominant source of procedural actions, self-manage the proceedings) and inquisitorial proceedings (dominated by the main responsibility of the court for the conduct, organisation and outcome of the proceedings, with little or no responsibility on the side of the parties)».

También entre las regulaciones nacionales antes mencionadas podemos encontrar numerosos ejemplos de exigencias de cooperación de las partes. En el Derecho procesal civil federal de los Estados Unidos, la Rule 16 FRCP se dedica a las *pretrial conferences*, es decir, a las eventuales reuniones del juez con los abogados y las partes sin representación técnica a fin de acelerar la tramitación de la causa, establecer controles tempranos y continuos para evitar que se alargue el procedimiento por ausencia de gestión, desalentar actividades inútiles, mejorar la calidad del juicio por una mejor preparación o facilitar que se alcancen acuerdos³³. También puede obtener cooperación de las partes o de sus abogados respecto a la programación de las actuaciones (*Schedule Order*), así como en la consideración de decisiones relativas a la simplificación de las cuestiones planteadas y la eliminación de peticiones y excepciones injustificadas, modificación de las pretensiones si es necesario o deseable, obtener acuerdos respecto a hechos y documentos, evitar prácticas de pruebas reiterativas o innecesarias, decidir la tramitación separada de algunas pretensiones, entre muchas otras. La reunión final debe tener lugar en el momento más próximo posible al comienzo de juicio, dentro de lo razonable. Y se refuerza la importancia de estas reuniones fijando sanciones por incomparecencia, por comparecer con insuficiente preparación o con mala fe y por desobediencia respecto a lo que se haya determinado³⁴.

En el ordenamiento francés, como señala CADIET, el principio de cooperación está previsto en los artículos del primero al decimotercero del Código de Pro-

33. «Rule 16. *Pretrial Conferences; Scheduling; Management*. (a) PURPOSES OF A PRETRIAL CONFERENCE. In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (1) expediting disposition of the action; (2) establishing early and continuing control so that the case will not be protracted because of lack of management; (3) discouraging wasteful pretrial activities; (4) improving the quality of the trial through more thorough preparation; and (5) facilitating settlement».

34. (c)(2) «Matters for Consideration. At any pretrial conference, the court may consider and take appropriate action on the following matters: (A) formulating and simplifying the issues, and eliminating frivolous claims or defenses; (B) amending the pleadings if necessary or desirable; (C) obtaining admissions and stipulations about facts and documents to avoid unnecessary proof, and ruling in advance on the admissibility of evidence; (D) avoiding unnecessary proof and cumulative evidence, and limiting the use of testimony under Federal Rule of Evidence 702; (E) determining the appropriateness and timing of summary adjudication under Rule 56; (F) controlling and scheduling discovery, including orders affecting disclosures and discovery under Rule 26 and Rules 29 through 37; (G) identifying witnesses and documents, scheduling the filing and exchange of any pretrial briefs, and setting dates for further conferences and for trial; (H) referring matters to a magistrate judge or a master; (I) settling the case and using special procedures to assist in resolving the dispute when authorized by statute or local rule; (J) determining the form and content of the pretrial order; (K) disposing of pending motions; (L) adopting special procedures for managing potentially difficult or protracted actions that may involve complex issues, multiple parties, difficult legal questions, or unusual proof problems; (M) ordering a separate trial under Rule 42(b) of a claim, counterclaim, crossclaim, third-party claim, or particular issue; (N) ordering the presentation of evidence early in the trial on a manageable issue that might, on the evidence, be the basis for a judgment as a matter of law under Rule 50(a) or a judgment on partial findings under Rule 52(c); (O) establishing a reasonable limit on the time allowed to present evidence; and (P) facilitating in other ways the just, speedy, and inexpensive disposition of the action».

ceso Civil, y en en esos preceptos se produce justamente el equilibrio entre las prerrogativas de las partes y los poderes del juez³⁵. De este modo en tales artículos se van combinando las facultades de los principales sujetos procesales, siempre con el respeto al principio dispositivo y a la estructura adversarial o de partes, consustancial al proceso. La iniciativa, por tanto, corresponde a las partes, que establecen los límites del objeto procesal (art. 4.1) y a los que debe atenderse el juez (art. 5), pero «el juez vela por que el proceso se desarrolle sin contratiempos; tiene la facultad de fijar plazos y ordenar las medidas necesarias» (art. 3) y, sin ir más allá de los hechos aportados por las partes, «entre los elementos del debate, el juez puede tomar en consideración incluso los hechos que las partes no han invocado específicamente en apoyo de sus pretensiones» (art. 7.2) y puede invitar a las partes a ofrecer las explicaciones que estime necesarias para la solución del litigio (art. 8). Pero, además, la cooperación se expresa en otras normas como el artículo 764, con remisión al artículo L212-5-1 del *Code de l'organisation judiciaire*³⁶, el cual permite el acuerdo para que el procedimiento se desarrolle sin audiencia, y el artículo 761 del Código de Proceso Civil prevé la cooperación de los abogados de las partes en la concreción del calendario del procedimiento³⁷.

Pero los ejemplos más diáfanos en que rige plenamente el principio de cooperación son el ordenamiento portugués y el brasileño. En efecto, la importante reforma del proceso civil portugués operada por la *Lei n.º 41/2013*, por la que se aprobó un nuevo Código. En él, junto al deber de gestión procesal por parte del juez³⁸, el artículo 7 proclama el principio de cooperación, en la conducción

35. CADIET, L., «Introduction to French Civil Justice System...», *op. cit.*, 349-350: «The Code is essentially a work of composition that seeks to reconcile the liberal principles of the French tradition, which make the trial the business of the parties, with an affirmation of the powers of the judge, on whom rests the duty (rather than merely the power) to accomplish the purpose of reaching the most just solution possible of the dispute at hand».

36. «Devant le tribunal judiciaire, la procédure peut, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, se dérouler sans audience. En ce cas, elle est exclusivement écrite.

Toutefois, le tribunal peut décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande».

37. «Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.

Il peut accorder des prorogations de délai.

Il peut, après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état.

Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.

Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.

Le juge peut également renvoyer l'affaire à une audience de mise en état ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige».

38. Artículo 6: «1 — Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as

e intervención en el proceso, de los magistrados, los mandatarios judiciales y las propias partes, con el fin de obtener «com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio». Para ello se pormenoriza que el juez puede, en cualquier momento del proceso, oír a las partes, a sus representantes o a los mandatarios judiciales, invitándolos a suministrar aclaraciones sobre cuestiones de hecho o de Derecho que se consideren pertinentes, dando a conocer la diligencia a la contraparte. Se establece que tales personas «são obrigadas a comparecer» siempre que fueran notificadas y llamadas a prestar las aclaraciones que se les pidiera. Se complementan estos deberes con otros dos: en el artículo 8 se establece que las partes deben actuar de buena fe y observar los deberes de cooperación resultantes de lo que se acaba de exponer. Además, el artículo 9 formula un deber de «recíproca corrección», que exige a todos los intervinientes en el proceso rigiendo entre los abogados y los magistrados un deber especial de urbanidad, de modo que ninguna de las partes debe usar en sus escritos o alegaciones orales, expresiones innecesarias o injustificadamente ofensivas del honor o buen nombre de la otra, o del respeto debido a las instituciones³⁹.

Por su parte, el nuevo Código de Proceso Civil brasileño centra también su regulación en un principio general de cooperación: «Todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se obtenga, en tiempo razonable, una decisión sobre el fondo justa y efectiva» (art. 6). Se ha afirmado, aun sin unanimidad doctrinal, que se trata de una concepción del proceso más como una comunidad de trabajo que como un verdadero deber de cooperación, dada la existencia de intereses divergentes y contrapuestos⁴⁰; no obstante, en el núcleo de este redimensionamiento del principio contradictorio⁴¹ se derivan de-

diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2 — O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo».

39. Instrumental a todos estos deberes es el principio del uso de un lenguaje simple y claro: «O tribunal deve, em todos os seus atos, e em particular nas citações, notificações e outras comunicações dirigidas diretamente às partes e a outras pessoas singulares e coletivas, utilizar preferencialmente linguagem simples e clara» (art. 9).

40. MARINONI, L.G., ARENHART, S.C., MITIDIERO, D., *Curso de Processo Civil*, vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, 9.ª ed., Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, pp. 67-72: «vale dizer, como um procedimento em que a atividade coordenada de todos que nele tomam parte está constitucional e legalmente direcionada à justa resolução do conflito apresentado pelas partes ao juiz».

41. BUENO, C.S., *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Processual Civil. Parte General do Código de Processo Civil, 13.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2023, p. 100: «O princípio da 'cooperação' pode ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta. E por isso mesmo é que ele convida a uma renovada reflexão do próprio princípio do contraditório».

beres de esclarecimiento, de lealtad, de protección e incluso de consulta⁴² que se extienden a lo largo de todo el proceso.

Además, el Código garantiza a las partes la paridad de tratamiento en relación con el ejercicio de derechos y facultades procesales, a los medios de defensa, a las cargas, a los deberes y a la aplicación de sanciones procesales, debiendo el juez velar por el efectivo contradictorio (art. 7) y en el artículo siguiente se dispone que, al aplicar el ordenamiento jurídico, el juez atenderá a los fines sociales y a las exigencias del bien común, resguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana y observando la proporcionalidad, la razonabilidad, la legalidad, la publicidad y la eficiencia.

5. Los negocios procesales

Como corolario de esta tendencia de renovación es necesario mencionar también los acuerdos a los que las partes procesales, o incluso algunos terceros, pueden llegar respecto al proceso, así como valorar su validez y eficacia. Nos referimos a aquellos a los que la doctrina brasileña denomina «negocios processuais» o «convenções processuais» y que en la doctrina de habla castellana se conocen como «acuerdos procesales» o «contratos procesales». Precisamente, el artículo 190 del *Código de Processo Civil* brasileño establece que, respecto a procesos sobre derechos que permitan autocomposición, es lícita para las partes con plena capacidad la estipulación de modificaciones en el procedimiento para adaptarlo a las especificidades de la causa, así como los acuerdos sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. El juez, de oficio o por petición, controlará la validez de tales acuerdos, pero solo los podrá rechazar en caso de nulidad o de inclusión abusiva en contratos de adhesión o cuando alguna de las partes se encuentre en una manifiesta situación de vulnerabilidad. Como destaca DIDIER Jr., rige un principio de respeto a la autorregulación de la voluntad en el proceso civil⁴³.

42. DIDIER Jr., F., *Curso de Direito Processual Civi*, vol. 1, Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento, 12.ª ed., Editora JusPodium, Salvador de Bahía, 2010, pp. 77-82.

43. DIDIER Jr., F., «Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil», *Negócios processuais* (Coord. A.P. Cabral y P.H. Nogueira), Editora JusPodium, Salvador de Bahía, 4.ª ed, 2019, pp. 38-39: «O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade».

Partiendo de su carácter polémico SOBA BRACESCO⁴⁴, de manera genérica, afirma que implican una flexibilización de ciertos postulados como el de legalidad o el de formalismo, adaptando algunos aspectos de la gestión del proceso o ciertas situaciones jurídicas a las particularidades del caso concreto. Un ejemplo que no es menor lo tenemos en los acuerdos probatorios, sobre los que ya habló de manera crítica MARINONI⁴⁵ en Salamanca en octubre de 2018, incidiendo en la limitación de la cognición judicial que pueden conllevar. Es cierto que las partes en un proceso civil tienen la posibilidad de delimitar el *thema probandi*; si hay acuerdo sobre los hechos, se hace innecesaria la prueba (art. 428.3 LEC); pero aquí nos estamos refiriendo más bien a acuerdos sobre aspectos propiamente procesales: sobre la carga de la prueba, sobre la posibilidad de proponer o no determinados medios de prueba o incluso sobre una determinada valoración de la prueba.

Con precisión germánica, SCHUMANN BARRAGÁN construye una teoría general de los negocios procesales como «negocios jurídicos complejos y multidimensionales»⁴⁶, que tienen o pueden tener efectos jurídicos en distintas parcelas del ordenamiento: la material y la procesal⁴⁷. Distingue entre los que pueden influir en la ordenación del proceso, la actuación del órgano jurisdiccional o el comportamiento procesal de las partes, cuyo contenido en todo caso parece limitarse a prestaciones de hacer o de no hacer. A su vez expone una amplia categorización de contratos procesales, básicamente aquellos relativos a la fijación de los hechos, a los recursos y a la terminación del proceso, a las medidas cautelares y a los efectos de la sentencia, incluidos los pactos sobre la ejecución —por ejemplo, un acuerdo para renunciar a ella—. Con todo lo cual, aparece un panorama muy amplio de posibilidades que, sin embargo, en su

44. SOBA BRACESCO, I. M., *Los acuerdos procesales. Su reconocimiento en el proceso jurisdiccional y los sistemas de justicia. Un estudio de Derecho comparado*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2024, p. 49.

45. MARINONI, L.G., «El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil», *La prueba en el proceso / Evidence in the process* (II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. IIDP – IAPL), Atelier, Barcelona, 2018, pp. 79-104.

46. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 140.

47. SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva...*, *op. cit.*, p. 163: «En los negocios procesales en los que existe alguna herramienta para obtener los efectos procesales pretendidos, de ordinario, solo es apreciable la dimensión procesal del negocio. En caso de incumplimiento, el acreedor podrá obtener a través de las herramientas procesales previstas los efectos procesales pretendidos.

En los negocios procesales en los que no existe ninguna herramienta para obtener los efectos procesales pretendidos, por el contrario, normalmente solo es apreciable su dimensión material. En caso de incumplimiento, solo le queda al acreedor la posibilidad de conseguir sueficia en un proceso secundario en el que se pretenda tutelas jurídico-civiles».

mayor parte, permanece ajeno a la realidad del tráfico jurídico de nuestro entorno⁴⁸.

Conviene resaltar que la admisión de estos acuerdos alcanzados por las partes —o también por terceros con capacidad de influir en el proceso— supone una imposición al juzgador, que, salvo las excepciones en que se constate su falta de validez, deberán tener efectos bien en la conformación concreta de la sucesión de los actos procesales, bien en la delimitación del ámbito de decisión del órgano jurisdiccional. Es cierto que el proceso está regido por normas de naturaleza pública, en principio refractarias a la disponibilidad, pero también lo es que en la actualidad ya sorprende poco la existencia de espacios de convencionalidad en el Derecho público, incluido en el ámbito jurídico-penal⁴⁹.

La principal cuestión, por tanto, no debe referirse a si deben admitirse o no los negocios procesales, sino más bien en qué medida y con qué límites son aceptables. Estos acuerdos existen ya, incluso en ordenamientos como el nuestro; lo que se plantea es la conveniencia de su ampliación o, incluso, de su generalización como hemos visto en el ordenamiento brasileño, que desde hace tiempo se ha caracterizado por protagonizar un acercamiento entre tradiciones jurídicas diversas. En este punto cobra sentido la relevancia de las garantías constitucionales de contenido procesal como elementos de superación de la legalidad entendida en sentido liberal clásico y como contrapesos a las flexibilizaciones procesales⁵⁰.

48. SILVA, P.C., *Perturbaciones en el cumplimiento de los negocios procesales*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2021, pp. 109-110: «Excepto la eventual previsión de convenios de competencia (pacto de jurisdicción, convenios arbitrales y convenios de competencia en sentido estricto), las partes típicamente no acuerdan materias procesales en el momento de la celebración de los contratos. Este escenario estará sufriendo un cambio en Brasil, por efecto del ya referido art. 190 CPCbr, de modo que es relativamente común la celebración de acuerdos procesales, no solo durante la tramitación de los procesos, sino en el momento de celebración de los contratos. Este aspecto es muy relevante porque las partes no podrán dejar de tener en cuenta los convenios procesales al establecer el equilibrio contractual».

49. Lo recuerda CABRAL, A.P., «A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais», en *Negócios processuais...*, op. cit., pp. 720-737.

50. YARSHELL, F.L., «Convenção das partes em materia processual», en *Negócios processuais...*, op. cit., p. 88: «Naturalmente, seria inconcebível negócio que pretendesse interferir na imparcialidade do juiz; não apenas porque isso ofenderia o devido processo legal, mas porque extravasaria o âmbito negociável, que se limita a posições jurídicas das partes e não do juiz (exceto indiretamente). De forma análoga, seria inviável limitar o contraditório apenas para um dos litigantes. Mas, fora dos casos em que efetivamente haja ofensa ao devido processo legal, prevalece o que as partes tiverem convencionado».

6. A modo de epílogo

MARINONI, ARENHART y MITIDIERO destacan que el principio de legalidad ya no puede ser entendido como en la época del positivismo clásico⁵¹ y, en efecto, la constitucionalización de las garantías procesales refleja esa transformación de la legalidad procesal formal en una legalidad procesal sustancial o sustantiva. La cuestión está, sin embargo, en determinar en qué medida la imprescindible atención a los derechos fundamentales de contenido procesal puede apartarnos del respeto a los trámites previstos en la ley formal.

En un sistema de control concentrado de control de constitucionalidad de la ley como el nuestro, debemos recordar el mandato del artículo 5.2 LOPJ, que obliga al juez a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, cumpliendo siempre determinados requisitos, y no se le permite desconocer directamente la ley por entender que sea contraria a la Constitución o, simplemente, por entender que sea superflua en lo que exija respecto a un caso concreto.

Hemos visto, sin embargo, que hay abundantes ejemplos en que caben flexibilizaciones en nuestro Derecho Procesal, aunque siempre con un ámbito de discrecionalidad delimitado por la ley formal. Sería lo que podríamos denominar una «discrecionalidad reglada» que, por supuesto, debe respetar las diversas garantías constitucionales, en sus diversas dimensiones relativas a la jurisdicción, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y las específicas garantías esenciales del proceso. De este modo, podría haber una adaptación de las reglas procesales a la cuestión litigiosa en concreto, con provecho para la justicia material.

No se trata, ni mucho menos, de un panorama exento de problemas. Las propias reformas británicas del fin de siglo pasado no se han aplicado sin dificultades⁵². Se ha opuesto, además, la objeción por la que se sostiene que flexibilizar la aplicación de la ley supondría un aumento de la inseguridad jurídica y, asimismo, una vulneración del principio de igualdad. No cabe duda de que la previsión de unos trámites de obligado cumplimiento contribuye a una mayor certeza, pero ante una realidad social indiscutiblemente desigual y heterogénea, la consideración de las características concretas de cada caso tal vez compense las dificultades inherentes a la menor previsibilidad jurídica. En ello de-

51. MARINONI, L.G., ARENHART, S.C., MITIDIERO, D., *Curso de Processo Civil*, vol. 1..., *op. cit.*, p. 77.

52. ZANDER, M., «The Woolf Reforms: What's the Verdict», en DWYER, D. (Ed.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 432: «Implementation of the reforms has had significant adverse consequences. Cost have risen. Inconsistent decision-making and unpredictability have hugely increased. It is doubtful whether delay in the average case has gone down. It may even have gone up. The system is still bedevilled by complexity. These were the big targets central to the reform project»

ben jugar un importante papel tanto la motivación de las decisiones con la concreción de las exigencias de proporcionalidad, así como la existencia de controles eficaces.

En nuestro ámbito, además, tanto los jueces como los abogados han sido formados en otras tesituras⁵³, como ha demostrado hasta ahora el fracaso de la mediación. Y no olvidemos la existencia de una controversia que es el motivo por el que se accede a la jurisdicción. No estamos acostumbrados a mirar para otro lado, a dejar aparte las diferencias innecesarias y a tratar el conflicto de manera constructiva. Pero tampoco debemos desconocer la voluntad y la actitud de los jueces, que la mayor parte de las veces no están dispuestos a ejercer todos los poderes que el ordenamiento les ofrece⁵⁴.

7. Bibliografía

- ARMENTA DÉU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- BUENO, C.S., *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Processual Civil. Parte General do Código de Processo Civil, 13.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2023.
- CABRAL, A.P., «A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais», en *Negócios processuais* (Coord. A.P. Cabral y P.H. Nogueira), Editora JusPodium, Salvador de Bahia, 4.^a ed, 2019, pp. 721-737.
- CADIET, L., «Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law», *Ritsumeikan Law Review*, núm. 28, 2011, pp. 331-393: <https://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET3.pdf> (última visita 30.8.2024).
- CALVO SOLER, R.; ROJAS, J.A.; SALGADO, J.M., *El proceso articulado. Hacia un proceso cooperativo, colaborativo y compositivo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2022.

53. Vid. CALVO SOLER, R.; ROJAS, J.A.; SALGADO, J.M., *El proceso articulado. Hacia un proceso cooperativo, colaborativo y compositivo*, Rubinzal — Culzoni, Buenos Aires, 2022, p. 180-185: «Cabe recordar una vez más la idea de que lo cooperativo apunta al diseño del proceso legal, lo colaborativo está referido a los aspectos actitudinales de los profesionales que intervienen en el proceso, y lo compositivo hace referencia a la predisposición a usar, dentro del proceso, los modos anticipados de resolución en vez de esperar al dictado de la sentencia»^{78u} (p. 180).

54. DE LA OLIVA, A., *El papel del Juez en el Proceso Civil. Frente a ideología*, prudentia iuris, Civitas- Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 71: «Si los jueces prefieren normas con supuestos de hecho y consecuencias jurídicas taxativamente establecidas; si ha existido y persiste una renuencia judicial a aplicar normas que les atribuyen poderes y facultades que exigen adoptar decisiones ‘arriesgadas’ y si, de hecho, la consecuencia es que apenas se usan esos poderes y facultades, esa realidad se debe valorar adecuadamente y no debe ser ignorada o menospreciada».

- COMOGLIO, P., Cuestiones atinentes a garantías jurisdiccionales y acceso a la justicia civil», en *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada* (A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio), Marcial Pons, Madrid, 2017.
- DE LA OLIVA SANTOS., *El papel del Juez en el Proceso Civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2012.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General del Proceso* 2.^a ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.
- DIDIER Jr., F., *Curso de Direito Processual Civi*, vol. 1, Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento, 12.^a ed., Editora JusPodium, Salvador de Bahía, 2010.
- «Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil», en *Negócios processuais* (Coord. A.P. Cabral y P.H. Nogueira), Editora JusPodium, Salvador de Bahia, 4.^a ed, 2019, pp. 35-41
- DINAMARCO, C.R., *A instrumentalidade do processo*, 14.^a ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009.
- ESTEVE PARDO, J., *El camino de la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2023.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., «Fuentes del Derecho Procesal», en *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I* (Coord. J.L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar), 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.
- GARCÍA ODGERS, R., *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿Un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2021), vol. 13, núm. 1, pp. 277-297.
- GUASP, J., *Concepto y método de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1997.
- HAZARD, JR, G.C., y TARUFFO, M., *La justicia civil en los Estados Unidos*, Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- MARINONI, L.G., «El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil», *La prueba en el proceso / Evidence in the process* (II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. IIDP – IAPL, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 79-104.
- MARINONI, L.G., ARENHART, S.C., MITIDIERO, D., *Curso de Processo Civil*, vol. 1. Teoria do Processo Civil, 8.^a ed., Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.
- Curso de Processo Civil*, vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, 9.^a ed., Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.
- MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad», en *Proceso (Civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 25-102.

- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa. Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ORTELLS RAMOS, M., «El Derecho procesal en el contexto del Derecho», en *Introducción al Derecho Procesal* (M. Ortells Ramos y otros), XI ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre el ‘poder’ judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, Madrid, 1990, pp. 141-202.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- «La gestión y la flexibilidad del procedimiento: ¿un proceso civil convergente con Europa?», en *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 117-153.
- SILVA, P.C., *Perturbaciones en el cumplimiento de los negocios procesales*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2021.
- SOBA BRACESCO, I. M., *Los acuerdos procesales. Su reconocimiento en el proceso jurisdiccional y los sistemas de justicia. Un estudio de Derecho comparado*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2024.
- SORABJI, J., *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- TARUFFO, M., *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006.
- TROCKER, N., y VARANO, V., *The Reforms of Civil Procedure and a Comparative Perspective*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- UZELAC, A., «Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations», *Hungarian Journal of Legal Studies*, 58 (1), March, 2017, pp. 3-18.
- YARSELL, F.L., «Convenção das partes em materia procesual», en *Negócios processuais* (Coord. A.P. Cabral y P.H. Nogueira), Editora JusPodium, Salvador de Bahia, 4.ª ed, 2019, pp. 79-99.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, 11.ª ed, 1.ª reimpre-sión, Trotta, Madrid, 2019.
- ZANDER, M., «The Woolf Reforms: What’s the Verdict», en DWYER, D. (Ed.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 417-433.

V | **¿Cuánto más concentrado y oral es el juicio verbal que el proceso ordinario? Razones para subsistir¹**

Sonia Calaza López
Catedrática de Derecho procesal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PUESTA EN ESCENA. 3. GOLPE DE EFECTO. 4. CUESTIONAMIENTO. 5. RAZONES PARA SUBSISTIR. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La Justicia civil es la única —dentro de nuestra «exclusiva» Jurisdicción (en todos sus órdenes jurisdiccionales) — que presenta dos (posibles) pasarelas judiciales: la Jurisdicción Voluntaria —Ley 15/2015, de 2 de julio (LJV)-², de un lado y la Jurisdicción contenciosa —Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (LEC)—, de otro. Esta pasarela jurisdiccional se ofrece, en bastantes ocasiones (la mayoría), además, en régimen de alternatividad: Puede Usted optar entre separarse/divorciarse a través de un expediente voluntario (de la LJV)³ o de un proceso contencioso —a su vez: consensual o contradictorio—

1. Este trabajo se enmarca en dos Proyectos de investigación del MICINN: «Ejes de la Justicia en tiempos de cambio» (PID2020-113083GB-I00) y «Transición Digital de la Justicia», Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE (RED 2021-130078B-I00).

2. Vid., RAMOS MÉNDEZ, F., «¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?», *Justicia: revista de derecho procesal* Nº 3-4, 2006; «¿ Cuánta jurisdicción voluntaria necesitamos ?», *Anales* (Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil), Nº. 2005-2008, 2008, págs. 213-236.

3. Para un estudio comprensivo de la moderna concepción de la Jurisdicción Voluntaria, vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Régimen jurídico de la oposición en el marco de la Jurisdicción Voluntaria», *Diario La Ley* n. 8496, 9 de marzo de 2015; La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, *RCDI*, 755, 2015, pp. 1337-1554; «Ley 15/ 2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: una visión general de la nueva regulación», *Revista General de Derecho Romano* nº 26, 2016.; Prefacio, Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Dirección Fernández de Buján. Coordinación Serrano de Nicolás, A, *TR Civitas* 2016, pp. 43- 84; La nueva

(de la LEC); incluso, si no tiene *menores* ni *personas con discapacidad* a su cargo: ¡también puede hacerlo ante un Notario! si bien —ha de matizarse que— en este último caso ya nos posicionamos en una circunvalación extrajudicial.

Pero esto no es todo: si tras el oportuno expediente de la Jurisdicción Voluntaria (JV) o —en su caso— tras el específico proceso sumario de la Jurisdicción Contenciosa (JC) concretamente seleccionado (acaso: por su «inmediatez»), una de las partes (la que ha perdido en su integridad) o ambas (por no haber visto ninguna plenamente satisfechas sus respectivas pretensiones) todavía desean seguir litigando: ¡Ningún problema! Las resoluciones judiciales dimanantes de ambos tipos de expedientes (de JV) y procesos sumarios (de JC) carecen de fuerza de cosa juzgada: queda expedita la vía (nuevamente judicial) por el cauce (ahora) del declarativo que corresponda: ¡Vuelva Usted mañana!

Por si esta doble (a veces triple) elección (procedimental) —tanto entre la JV y la JC como entre la tutela sumaria y la ordinaria— fuese poca: la legislación procesal (¿venidera?) —*Proyecto de Ley Orgánica 121/000016, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios*— incorpora en el valor *Justicia*, una vez amplificado, los denominados «*medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional*» (MASC) impuestos —a modo de «requisito de procedibilidad»— en el marco de los procesos dispositivos (cuya concreción, a día de hoy, ya no resulta tan franca) de la Jurisdicción contenciosa: no así, ¡por suerte!, ni en la Jurisdicción voluntaria, ni en la tutela sumaria: ¡Algo bueno tendría que tener la ausencia de cosa juzgada!

Y no es que la denominada «cultura de la paz» —destino al que se dirigen, cuántos «medios extrajudiciales de resolución de controversias» lleguen a implementarse (con toda creatividad) en nuestro ecosistema procesal— sea un estorbo procedimental; antes, al contrario, en palabras de nuestra mejor doctrina⁴: la «desjudicialización» es un auténtico «reto democrático». Pero claro:

concepción de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley 15/2015», en «Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria». Aranzadi, 2016.; Decisión del expediente, en Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Dirección Calaza López, S., Coord. De Prada, M., Tirant lo Blanch 2022. Capítulo XVI, pp. 371- 394.

4. Vid., RAMOS MÉNDEZ, F., «[Desjudicializar](#): el reto de una sociedad civil madura y democrática», [La notaria N.º 2, 2010](#), págs. 27-29

la verdadera desjudicialización!⁵: No la incorporación de nuevas cargas y obligaciones (por cierto: también económicas) para las partes.

El trayecto procesal, desde la (prudente) demanda (de quién se cree, con toda responsabilidad, merecedor del goce, sin fisuras, de un bien o derecho; también de quién, con idéntica seriedad, previa acreditación de un interés legítimo, precisa el reconocimiento judicial de una nueva posición jurídica) hasta la sentencia última, tras el (posible) agotamiento de algunos (imprescindibles) recursos⁶ y en caso de sentencia condenatoria: su probable petición de ejecución⁷ ya es bastante prolongado, farragoso y tedioso de por sí. Cada vez que se adiciona más peso a la mochila que ha de soportar el justiciable en su trayecto procedimental: se ralentiza (por no decir: se eterniza) la respuesta; se encarece el proceso (y con ello, comienza el dilema de soportar una injusticia —más barata— que la previsible —pero carísima— obtención de la «tutela judicial efectiva»?)⁸; se dificulta la comprensión (general) y el entendimiento (particular) de este servicio público Justicia⁹; y en definitiva, se pervierte el sistema¹⁰....

Si a esta —relativa— «eficacia» del proceso civil («menos es más»)¹¹ —en la que el resultado no depende, tan sólo (como debiera) de la justicia de la respuesta, sino también de cuánto (cuesta) y de cuándo (llegará) esa respuesta—, pretendemos agregarle nuevas dosis de (supuesta) «eficiencia» (con el ilusorio anhelo de lograr «más por menos»)¹²: sometiendo, además, a los justiciables, a sopor-

5. Vid., CALAZA LÓPEZ, S., «Confluencia de la Jurisdicción y desjudicialización», Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2020.

6. Vid., NIEVA FENOLL, J., «La paulatina constitucionalización del derecho al recurso», [Revista de Derecho Político, N° 120, 2024](#).

7. Vid., RAMOS MÉNDEZ, F., «Tutela efectiva es ejecución», en [Principios y garantías procesales](#): «Liber Amicorum» en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos / [Joan Picó i Junoy](#) (dir.), 2013, págs. 327-342.

8. RAMOS MÉNDEZ, F., «El umbral económico de la litigiosidad», en [La evolución del Derecho procesal a la luz de «Justicia»](#): 40 años de historia / coord. por [Joan Picó i Junoy](#), 2021, págs. 785-819.

9. CALAZA LÓPEZ, S., «Democratización de la Justicia: Los límites del lenguaje jurídico son los límites de la comprensión de la Justicia», en «El Derecho a entender el Derecho. Alcance y límites del lenguaje jurídico», bajo la dirección de Mercedes De Prada, Ed. Tirant lo blanch, ISBN 978-84-1197-964-1, Valencia, 2023, pp. 347 a 383.

10. RAMOS MÉNDEZ, F., «[¿La justicia es un chachondeo!](#)», [Justicia: revista de derecho procesal, N° 1, 1987](#), págs. 11-14.

11. RAMOS MÉNDEZ, F., «[La eficacia del proceso](#)», en [La evolución del Derecho procesal a la luz de «Justicia»](#): 40 años de historia / coord. por [Joan Picó i Junoy](#), 2021.

12. CALAZA LÓPEZ, S., «¿De cuánta eficiencia jurisdiccional estamos hablando?», [Revista Jurídica de Cataluña n°2](#), Ed. Tirant lo blanch, Barcelona, 2024, pp. 240 a 278.

tar —a modo de «castigo por litigar»¹³— multas¹⁴ y costas¹⁵; entonces el sistema —indudablemente— se resiente.

Ante estos endémicos (y pareciera que irresolubles) vicios de nuestro sistema procesal¹⁶ —en esencia: carestía, lentitud y complejidad— no resulta extraño que se apueste (cada vez con mayor entusiasmo o al menos, con menor recelo) por la progresiva digitalización¹⁷ e, incluso, por la (paulatina) inserción de ciertas técnicas de IA¹⁸ en nuestra (moderna) Administración de Justicia¹⁹. Pero todas estas técnicas son lógicamente instrumentos puestos al servicio de un único fin: la Justicia²⁰. Y la Justicia siempre precisará del proceso (físico, telemático y/o híbrido) para su realización²¹.

De ahí que —en aguda expresión del autor homenajeado en esta obra: Profesor Manuel Jesús Cachón Cadenas— se pueda llegar a producir una «incongruencia sobre la incongruencia»²². Si tratamos de alcanzar la eficiencia de procesos (dobles, triples o múltiples) —saturados de obligaciones y cargas (prescindibles) en vez de unificarlos y simplificarlos; si imponemos los «medios adecuados de resolución de controversias» (dentro del propio procedimiento, contra la menor voluntad negociadora y a costa de los justiciables)

13. CALAZA LÓPEZ, S., «¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un *abuso de la Justicia como servicio público* cuando debería haber procurado la *desjudicialización* de su conflicto», Revista Nueva Fiscalidad, Ed. Dykinson, Madrid, octubre 2024.

14. PÉREZ DAUDÍ, V., Los MASC y el proceso civil. Propuestas de reforma del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, en «[Externalización de la Justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral](#)» / coord. por [José Carlos Muinelo Cobo](#), [Irene Suberbiola Garbizu](#); [Sonia Calaza López](#) (dir.), [Ixusko Ordeñana Gezuraga](#) (dir.), 2022, págs. 459-483.

15. PICÓ I JUNOY, J., «MASC y costas procesales en el futuro proceso civil ¿la cuadratura del círculo?», [Diario La Ley](#), N° 9801, 2021

16. RAMOS MÉNDEZ, F., «El sistema procesal español», Ed. Atelier, Barcelona, 11ª edición, Barcelona, 2019.

17. Vid., PÉREZ DAUDÍ, V., «[De la justicia a la ciberjusticia](#)», Ed. Atelier, Barcelona. 2022.

18. Vid., BARONA VILAR, S., «[Algoritmización del derecho y de la justicia](#): De la inteligencia artificial a la Smart Justice», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.; «[Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la «persona maquinica» y su responsabilidad](#)», [Actualidad civil](#), N° 10, 2022; «[Ecosistema digital de Justicia eficiente \(De la Justicia digital orientada al documento a la Justicia orientada al dato\)](#)», [Actualidad civil](#), N° 5, 2023.

19. BARJA DE QUIROGA, J. y CALAZA LÓPEZ, S., «Justicia digital & Justicia inteligente: De la imbatibilidad del dato a la incertidumbre del juicio», en «Derecho penal económico, Legal Tech y Teoría del delito», Dirs. Eduardo Demetrio & Agatha María Sanz, Hermida; Coords. Mónica de la Cuerda Martín & Faustino García de la Torre García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2024.

20. Vid., VV.AA., «NEXT GENERATION JUSTICE: Digitalización e Inteligencia Artificial», Dirección Sonia Calaza López e Ixusko Ordeñana Gezuraga, Ed. AranzadiLALEY, Madrid, 2024.

21. BARONA VILAR, Silvia, [Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada](#), en [Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital](#), Ed. IIALLEY, 2024, págs. 37-56.

22. CACHÓN CADENAS, M.J., «[Incongruencia sobre la incongruencia](#)», [Diario La Ley](#), N° 9659, 2020.

en lugar de externalizarlos; si «digitalizamos» la lentitud, carestía y complejidad procesal: entonces no construiremos (ese deseable) nuevo sistema procesal —realmente eficiente, sencillo, ágil, económico y eficaz— sino que mantendremos los vicios de siempre: enmarcados, ahora —¡eso sí!— en un nuevo hábitat digital.

Y es que la simplificación del proceso civil es una (razonable) aspiración doctrinal que ya viene de lejos: la inmediata aniquilación del desquiciante número (por cierto: en proyección creciente) de procesos especiales²³, respecto de cuya correcta determinación se invierte un considerable tiempo, esfuerzo y talento²⁴, debiera ser el primer paso de la eficiencia a la que aspiran los nuevos aires legislativos en materia de Justicia. Y a renglón seguido: una construcción legislativa del proceso ordinario tipo que sea compacta, hermética y con un alto nivel de aislamiento —para conflictos de extrema complejidad— por contraste a otra del verbal que sea flexible, versátil e, incluso, modular, acorde a las controversias precisadas de resolución (definitiva) en un mundo cambiante, dónde la fluidez relacional (personal, familiar, laboral, institucional, económica y social) no se puede permitir tanta formalidad: la inmediatez de la respuesta —en un clima procesal garantista y adaptado a cuántas inclemencias sobrevengan— se impone.

La regulación de los dos procesos ordinarios tipo —una vez desconectados del respirador procesal todos cuántos especiales y sumarios congestionan cotidianamente nuestros Juzgados y Tribunales— se presenta, por tanto, como el gran desafío de las Leyes de enjuiciamiento de nuestro tiempo²⁵. En este trabajo —dedicado al Profesor Manuel Jesús Cachón Cadenas en un merecido Homenaje a su trayectoria docente e investigadora— trataré de ofrecer una visión (crítica) de la reforma del juicio verbal operada recientemente, con una defensa a ultranza, tanto de la (beneficiosa) oportunidad de reducir (incluso: dismantelar) toda la tutela judicial civil especial y sumaria; como de la conveniencia de mantener de la bifurcación procedimental en el marco declarativo

23. Vid., RAMOS MÉNDEZ, F., cuando afirma, respecto de los procesos especiales, —de forma tan gráfica como elocuente— lo siguiente: «lo que se debería hacer es podarlos absolutamente todos con unas tijeras lo más grandes posibles. Estoy dispuesto a defender polémicamente y donde haga falta el hecho de que cualquiera de los procedimientos especiales que existen en este momento puede ser reconducido al proceso ordinario tipo o a una audiencia oral para que el Juez tome la decisión que proceda», en «El mito de Sísifo y la Ciencia procesal», Ed. Atelier, Barcelona, 2004, p. 85.

24. Así, RAMOS MÉNDEZ, F., expone —con toda contundencia— que «es absolutamente demencial y un absurdo constitucional que jueces, abogados y litigantes gasten tantas energías procesales en buscar el procedimiento adecuado para encontrarse, finalmente y tras largos años de lucha, con que el procedimiento por el cual han estado llevando sus cuitas a nivel judicial es inadecuado», en «El mito de Sísifo y la Ciencia procesal», cit., p. 83.

25. Vid., CACHÓN CADENAS, M.J., «[Leyes de enjuiciamiento, y no Códigos de procedimiento](#): entre el oportunismo político y la fuerza del uso», [Justicia: revista de derecho procesal](#) N° 2, 2019, págs. 55-80.

ordinario. El proceso ordinario y el juicio verbal de la Jurisdicción civil (siempre que no se mantenga esta senda de desnaturalización)²⁶: están llamados a coexistir.

2. Puesta en escena

La nueva regulación del juicio verbal —operada por el Real Decreto-Ley 2/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo— apenas incorpora novedades en el juicio verbal —más allá (en lo sustantivo) del ensanchamiento objetivo —materia/cuantía— y (en lo procesal) del nuevo plazo —también del *dies a quo*— para la presentación extemporánea de la prueba pericial²⁷, la omisión de cualquier referencia a la caución para presentar una oposición a las demandas sobre derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad y la expresa inclusión/reconocimiento de las diligencias finales—; pero la progresiva desnaturalización del juicio verbal (destinado, ahora, indistintamente a asuntos sencillos y/o complejos, así como de escaso o elevado valor económico) —que puede pasar a ser un juicio escrito o, incluso, telemático— nos conduce a creer que ya no es, ni más verbal, ni «mucho más concentrado» que el ordinario. En este estudio se analiza la —indiscutible— conveniencia del mantenimiento de esta bifurcación procedimental —ordinario y verbal— en nuestra Jurisdicción civil contenciosa, pese a la metamorfosis provocada, de forma progresiva, por las reformas de 2015 y 2023.

La Justicia civil contenciosa integra actualmente, en sus filas, como se sabe, dos procesos declarativos ordinarios —el proceso (así denominado) «ordinario» y el «juicio verbal»—, en (por ahora) irremediable coexistencia con un excesivo número de «juicios sumarios» y «procesos especiales». Aun cuando son tres, los tipos de procesos —ordinarios, especiales y sumarios— que habitan la geografía de nuestra Justicia civil contenciosa; lo cierto es que los procesos ordinarios —«proceso ordinario» y «juicio verbal»— son los más relevantes de nuestra conflictividad privada —y «semiprivada»: pues, incluso, los menores y personas con discapacidad, pese al evidente interés social que ilumina sus respectivas pretensiones, también han de sumarse a esta dualidad de procesos declarativos (con las especialidades, eso sí, que correspondan en cada caso)

26. CALAZA LÓPEZ, S., «Un nuevo golpe de realidad para la Justicia civil como servicio público: La metamorfosis del juicio verbal», Guía práctica sobre la reforma procesal y digital, ILLALEY, Madrid, 2024.

27. Vid., BARJA DE QUIROGA, J. CALAZA LÓPEZ, S., «De la prueba (reina) en el proceso judicial: En favor del ensanchamiento (y contra todo vaciamiento) del juicio oral», Diario LA LEY, Nº 10.495, Sección Tribuna, de 29 de abril de 2024, LA LEY.

para obtener puntual reconocimiento judicial, cuando resulten inobservados, de sus derechos e intereses legítimos—; y esta relevancia —a la que apelo— no viene sólo contrastada por la «mera estadística» —que también, pues resulta evidente la superioridad cuantitativa, en el día a día de nuestros Juzgados, de los procesos ordinarios, frente a los sumarios y especiales—; sino también, y sobre todo, por su prioridad cualitativa en dos planos: así, de un lado, la mayor parte de procesos especiales reconducen su tramitación —en mayor o menor parte y/o medida— a los procesos ordinarios²⁸; y de otro, los procesos ordinarios —esencialmente el que lleva ese nombre: «el propiamente ordinario»— son de aplicación supletoria —con una *vis atractiva* tan integral como universal— para todos aquellos otros procesos —no sólo del orden civil, sino también i y nada menos que... de cualquier orden jurisdiccional!, cuando no tengan perfectamente regulado —en su propia Ley procesal (o acaso, sustantiva: no se olvide que algunas Leyes sustantivas también contienen regulaciones procesales)— un aspecto concreto, un matiz específico o, incluso, un tramo genérico del procedimiento.

Para una evaluación global del juicio verbal y una valoración comprensiva de su auténtica «razón de existir», así como de su ¿renovada? filosofía, diseño y alcance, conviene contextualizarlo —en el mapa de su propio territorio, la Jurisdicción civil contenciosa— y contrastarlo con su *alter ego* procedimental, el ordinario: así, el juicio verbal se regula, por primera vez, en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, si bien —relativamente pronto— será susceptible de una primera mutación —por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil— que provocará cambios estructurales en un paulatino proceso de metamorfosis, reforzado ahora con el nuevo cambio legislativo —operado por el reciente Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo—, que provoca una revolución objetiva —ampliación de materia/drástica subida de la cuantía— y procedimental —nuevos plazos para la introducción extemporánea de informes periciales e inclusión de las diligencias finales (que vienen a adicionarse a los cambios vertebradores de la reforma anterior: entre otros, contestación a la demanda escrita e incorporación de conclusiones).

28. De ahí el enorme impacto que una adecuada arquitectura del verbal tiene sobre tantos y tantos procesos especiales, como los reconducidos a su particular tramitación. De este gran impacto se ha hecho eco VALLE-SPÍN PÉREZ, D., cuando ha advertido que «los problemas que arrastra la regulación «general» del juicio verbal, también acaban por repercutir, en mayor o menor medida, en aquellos otros procesos civiles especiales o con especialidades procedimentales que remiten parte de su tramitación procesal a la que es propia del juicio verbal», en «Pasado, presente y futuro del juicio verbal», *Práctica de Tribunales*, N° 161, Marzo de 2023, Editorial LA LEY, p. 10.

La reforma integral de la Justicia civil, coincidente en el tiempo con la inauguración de este siglo, constituyó un hito que, lamentablemente, todavía no ha sido objeto de equiparación en el orden penal, cuya Ley de Enjuiciamiento Criminal, pese a sus múltiples reformas²⁹, data de 1882. Con todo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de nuestro siglo afrontó —con mayor o peor fortuna (en cada caso)— un reto muy exigente: el de la imprescindible simplificación procedimental; y pasó de cuatro procesos ordinarios a dos, promoviendo —a su vez— una considerable —aunque insuficiente— reducción de procesos especiales. Ciertamente, podría haberse regulado, como algunos procesalistas han venido sugiriendo desde aquel momento³⁰, un único proceso ordinario —y haberse aprovechado la coyuntura para reducir drásticamente el exagerado número de procesos especiales que todavía integran la (coloquialmente) denominada «selva procedimental» civil—; sin embargo, se optó —con toda prudencia— por reconducir, los declarativos ordinarios, a dos: y el criterio diferenciador entre uno y otro proceso —ordinario y verbal— expresamente reconocido por el Legislador del año 2000 en el preámbulo de la LEC, era doble: primero, «la singular simplicidad de lo controvertido» en el juicio verbal —por contraste (se infiere) a la complejidad del *petitum* susceptible de enjuiciamiento en el ordinario—; y segundo, el «pequeño interés económico» del verbal —de nuevo, por contraposición, al elevado capital, valor o coste monetario del objeto sometido a juicio en el ordinario. Calidad —en términos de simplicidad/complejidad— y cantidad —en términos de cuantía económica— del objeto litigioso orientaban —y continúan informando— la selección de la tramitación procedimental: primero, la materia —para la respuesta inmediata a casos sencillos—; y tan sólo después —de no encajar el concreto objeto litigioso, sometido a debate contradictorio ante la demarcación judicial correspondiente, en el listado objetivo de los asuntos que, por razón de la —supuesta sencillez de la— materia, estaban legalmente prefijados, podría —y puede— acudir a este criterio de la cuantía: la redacción inicial de la LEC partía de 3000 euros (una vez hecha la conversión a euros de las 500.000 pesetas originarias) para pasar a 6000 euros (en 2015) y ahora (recién estrenado el año 2023) a 15.000 euros. Realmente, un «salto de gigante»: la cantidad

29. Vid., un repaso por la última reforma en CALAZA LÓPEZ, S., «Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10», *Diario LA LEY*, Nº 10469, Sección Tribuna, 19 de Marzo de 2024, LA LEY.

30. GIMENO SENDRA, V., se preguntaba, de forma escéptica, tras la reforma de 2015, lo siguiente: «si subsisten 2 procesos de pequeña cuantía, si la fase de alegaciones del juicio verbal es ahora idéntica al juicio ordinario, si ahora también tiene este procedimiento una audiencia previa similar a la comparecencia del juicio ordinario y si las demás fases procesales son idénticas, ¿qué sentido tiene mantener este juicio verbal, por cuyas normas se dilucidan no pocos procedimientos especiales (concretamente los contenidos en las 13 reglas del art. 250.1)?», en «La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios», *Revista General de Derecho Procesal* nº 51, 2020, p. 4.; Vid., del mismo autor, «La simplificación de la Justicia Penal y Civil», Ed. BOE, Madrid, 2020.

originaria (3000) se llegó a multiplicarse por cinco (15.000 actuales) en estos 23 años.

Estos dos criterios —materia y cuantía— continúan siendo, a día de hoy, los determinantes de la selección legislativa de uno u otro cauce procedimental: ordinario y verbal; si bien las sucesivas reformas del juicio verbal han venido evidenciando que ni todas las materias que encuentran adecuada cobertura en su tramitación son sencillas —véase, con la reciente reforma, por ejemplo, la inclusión de un complejo y fatigoso proceso testigo³¹ (que puede llegar a marcar los designios de un ingente número de objetos parcial o sustancialmente coincidentes)-³²; ni todos los objetos litigiosos, susceptibles de ser ventilados a través de su ordenación procedimental son de «pequeño interés económico», puesto que 15.000 euros es una cantidad nada desdeñable para muchos; incluso —para algunos— bastante considerable.

Comoquiera que este doble criterio del objeto litigioso —materia (prioritario) y cuantía (en su defecto)— continúan siendo la llave que abre la puerta de entrada al declarativo civil correspondiente: «proceso ordinario» o «juicio verbal»; deben analizarse, ahora, pormenorizadamente, para comprender la coherencia —o incoherencia— del nuevo sistema procedimental civil —respecto de sus procesos de base— los ejes de la reforma operada por el reciente Real Decretoley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

El progresivo desbordamiento de este criterio dual/subsidiario —primero, materia («simplicidad de lo controvertido») y, en su defecto, cuantía («pequeño interés económico») —unido a la deformación —por su supuesto «déficit garantista»— del diseño inicial del juicio verbal (al que, de inmediato, me referiré) podrían hacernos concluir que esta disociación —todavía existente en la actualidad— entre ordinario y verbal carece ya de cualquier fundamento razonable: primero, y en lo que al objeto sustantivo se refiere, por el trasvase al verbal de asuntos complejos —procedentes, por cierto, del mapa objetivo trazado para el «proceso ordinario originario» y/o, en su defecto, de considerables cantidades económicas; y segundo, por relación a la —metamorfosis de la— tramitación procedimental que se estrena, esto es, por la escasa —casi nula— coincidencia de esta nueva generación del verbal —una especie de «verbal escrito» o, en el mejor de los casos, de «verbal 5.0»— con la filosofía, alcance y ordena-

31. Vid., CALAZA LÓPEZ, S., «*Rebus sic stantibus*, extensión de efectos y cosa juzgada», Ed. La Ley, Madrid, 2021.

32. Vid., VV.AA., «El nuevo procedimiento testigo y extensión de efectos», Dir. Sonia Calaza López y Mercedes de Prada Rodríguez, Ed. AranzadiLALEY, Madrid, 2024.

ción de aquel otro —y ya, tras 24 años: casi lejano— «juicio verbal» diseñado al tiempo del estreno de nuestro siglo: un auténtico desconocido aquel verbal del año 2000, en el que, tras una demanda sucinta, se respondía oralmente —con todo dinamismo, flexibilidad e interacción directa— en la propia vista y sin grandes formalidades, como antecedente cronológico único —por tanto, sin conclusiones ni diligencias finales— a la inmediata sentencia.

Cierto es que las grandes diferencias procedimentales —perfectamente, diseñadas en su génesis— entre el proceso ordinario y el juicio verbal no han sido abruptamente distorsionadas —en un solo golpe de efecto— por esta reforma (del año 2023); antes, al contrario, el juicio verbal ha venido siendo objeto, progresivamente, de sucesivas reformas que desvirtuaban, bajo una constante y perentoria —¿necesidad? de— revitalización y resurgimiento de las garantías eclipsadas, su primigenia filosofía de juicio ágil, acelerado, dinámico, flexible, prácticamente oral e hiper concentrado. Veamos, pues, a la luz de la reciente reforma, el último golpe de realidad del juicio verbal: primero, su nuevo ámbito objetivo —con los dos consabidos criterios materia (amplificada)/cuantía (elevada)—; y después, su nueva ordenación procedimental, que coincide sustancialmente con la anterior, pues se centra —en esencia— en su —prácticamente íntegra (cuando se pueda)— digitalización; y renuncia —sin embargo— a tres de las reformas cruciales que se anunciaban en fase de Proyecto; a saber: primera, la constatación *ab initio* del requisito de procedibilidad consistente en la acreditación del proceso de negociación previo con exposición de los documentos que acrediten la efectiva realización —sin éxito— del «medio adecuado de solución de controversias» (MASC)³³; segunda, la concesión al Juez —en régimen de exclusividad (y con independencia de la opinión de las partes) de la decisión sobre la celebración de la vista³⁴; y tercera, la conclusión del juicio mediante sentencias dictadas *in voce*³⁵.

33. Vid., el defenestrado artículo 399.3.II del Proyecto de Ley 121/000097, de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia —BOGD 22 de abril de 2022— (en adelante, PLMEP) —referido al proceso ordinario, pero de evidente aplicación al verbal (pues ya se sabe que así lo dispone el art. 427.1.I LEC: «el juicio verbal principiará por demanda con el contenido y forma propios del juicio ordinario»): «Asimismo, se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo y se manifestarán los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuado en la Ley de este requisito de procedibilidad».

34. Vid., el frustrado artículo 438. 10 del PLMEP: «Transcurrido el plazo señalado en el número anterior, el tribunal resolverá por auto sobre la impugnación de la cuantía del pleito de haberse producido, sobre las excepciones procesales planteadas, sobre la admisión de la prueba propuesta y sobre la pertinencia de la celebración de la vista, acordando, en caso de no considerarla necesaria, que queden los autos conclusos para dictar sentencia»

35. Vid., asimismo, el dismantelado artículo 210.3 del mismo PLMEP: «Salvo en los procedimientos en los que no intervenga abogado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2, podrán dictarse sentencias oralmente en el ámbito del juicio verbal, haciéndose expresión de las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas y, en su caso, de los hechos probados a resultas de las mismas, haciendo constar las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas

3. Golpe de efecto

El nuevo juicio verbal ha sido objeto de un nuevo golpe de efecto, que —unido a los provocados por las anteriores reformas— lo convierten en una especie de «juicio (esquizofrénico): verbal-escrito», «juicio telemático» o «juicio 5.0» en el que los particulares pueden transitar a lo largo y ancho de todo el recorrido procedimental, desde la demanda (escrita) hasta la sentencia (también escrita), sin tener la más mínima visión —y acaso, percepción— humana de la Justicia; pero la reforma final —por suerte o desgracia: ahora lo analizaremos y, en todo caso, el tiempo lo dirá— no ha llegado tan lejos como la proyectada, pues los tres ejes más transgresores, rupturistas y acreedores de no pocas críticas (entre un amplio sector de la doctrina y los profesionales) —recuérdese: agotamiento del MASC como requisito de procedibilidad, celebración o no de las vistas como patrimonio exclusivo de la decisión judicial y sentencia verbal—, como acaba de indicarse, no han llegado (al menos: por el momento) a ver la luz de nuestros Juzgados civiles.

Vayamos por partes. El ámbito de aplicación del juicio verbal se amplifica, tanto por razón de la materia como de la cuantía. La ampliación cualitativa —por razón de la materia— se circunscribe a los tres supuestos siguientes: primero, las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia (nuevo apartado 14º del art. 250 de la LEC); segundo, aquellas en las que se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietario y a éstos la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, siempre que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, sea cual fuera dicha cantidad (nuevo apartado 15º del art. 250 de la LEC); y tercero, aquellas en las que se ejercita la acción de división de la cosa común (nuevo apartado 16º del art. 250 de la LEC).

La ampliación cuantitativa —por razón del valor económico del objeto litigioso— del juicio verbal comporta una subida de más del doble, respecto de la reforma de 2015; así, desde los 6000 euros contemplados en la anterior legislación, pasamos a los 15.000 euros de la actual regulación procesal civil —en un solo golpe de realidad: «se decidirán también en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de quince mil euros y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado 1 del artículo anterior». Esta radical subida de 9000 euros —en apenas 8 años— no sólo tiene un impacto directo sobre

aplicables al caso. El fallo se ajustará a las previsiones de la regla cuarta del artículo 209 de esta ley. La sentencia se dictará al concluir el mismo acto de la vista en presencia de las partes, sin perjuicio de su ulterior redacción por el juez, la jueza o el magistrado o la magistrada. Se expresará si la sentencia es o no firme, indicando, en este caso, los recursos que procedan, órgano ante el cual deban interponerse y plazo para ello».

la conflictividad cuantitativa de la primera instancia civil, sino que afecta —¡qué duda cabe!— a todo el recorrido procedimental posterior, en apelación³⁶, dónde vienen a repararse, en la mayoría de ocasiones, precisamente, las deficiencias procedimentales detectadas en la primera instancia e, incluso, en una —cuestionada— casación³⁷, cuyo nuevo —y exclusivo— GPS³⁸ —como se sabe— es el «interés casacional»³⁹.

Para ser fieles a la filosofía originaria del juicio verbal, debemos —tras la fugaz exposición de las principales novedades (nuevos criterios selectivos: materia/cuantía) operadas por la reciente regulación— efectuar una valoración conjunta de todas sus reformas —ahora procedimentales— para concluir —una vez contextualizado— si, en efecto, guarda una «identidad/singularidad» propia y mantiene, por tanto, diferencias lo suficientemente sustanciales con el proceso ordinario como para celebrar su autonomía y mantenimiento conforme a la nueva regulación —todavía respetuosa con la bifurcación procedimental—; o bien pudiera reclamarse una reformulación; o acaso, en fin, debiera apostarse, ya de forma drástica, por su definitiva fusión: unificación de ordinario y verbal⁴⁰.

El legislador del año 2000 advirtió, tras la exposición de las razones que motivaban la construcción originaria del juicio verbal conforme a los aludidos criterios materia/cuantía lo siguiente: «el resto de (los) litigios han de seguir el cauce del juicio ordinario, que también se caracteriza por su concentración, intermediación y oralidad». De esta sencilla declaración de principios, se puede concluir que los procesos declarativos ordinarios —ambos: tanto el ordinario como el verbal— deben caracterizarse por tres principios elementales: la con-

36. Vid., VV.AA., «El recurso de apelación civil: Fundamentos, claves y análisis crítico de la reforma», Dirección Sonia Calaza López e Ixusko Ordeñana Gezuraga, Ed. AranzadiLALEY, Madrid, 2024.

37. El TS tiene declarado —vid., el ATS (Sala 1ª) de 27 de mayo de 2015 (788/2014) que «las sentencias dictadas en segunda instancia de un juicio verbal tramitado por razón de la cuantía por la Audiencia Provincial constituida de forma unipersonal por un solo magistrado no es una resolución recurrible en casación».

38. Vid., CACHÓN CADENAS, M.J., «¿Por qué cuesta tanto acceder al Tribunal Supremo? (Comentario al auto de 11 de marzo de 2020 de la Sala Primera del Tribunal Supremo)», *Món jurídic: revista de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona* N.º. 330, 2020

39. Vid., sobre la reforma de la casación, «La casación Civil», Coordinadores: Sonia Calaza López y José Ramón García Vicente, Ed. La III LALEY, Madrid, 2023.

40. La historia demuestra que la técnica legislativa del progresivo desbordamiento de una figura jurídica (en nuestro caso, de un proceso), puede dar lugar a una fatídica inutilización de la misma. Vid., en este sentido, MONTERO AROCA, J., cuando nos recuerda que «los sucesivos legisladores parciales fueron conscientes de que el proceso ordinario medieval, el que se asumió en la LEC de 1881 como juicio de mayor cuantía, no podía seguir siendo aquel por el que se tramitaban la mayor parte de los asuntos, dada su extraordinaria complejidad y, poco a poco, por medio de sucesivas elevaciones de la cuantía, acabaron por convertirlo en un *cementerio de elefantes* por el que se conocían muy escasos asuntos», en «La nueva Ley de Enjuiciamiento civil y la oralidad», *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 600, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084998>

centración, la inmediación y la oralidad. Podría haber referido también otros principios, igualmente estructurales de los procesos integrados en la Justicia contenciosa, como —por ejemplo— la contradicción, la preclusión o misma la publicidad; pero se ha conformado con apelar a la concentración, la inmediación y la oralidad, como aquellos que marcan la diferencia entre un proceso ordinario y un juicio verbal. Pronto veremos que no todos los principios referidos pueden erigirse en indicadores exclusivos de —¿calidad?— del verbal por contraste al ordinario, ni a la inversa.

El principio de la inmediación no debiera, en verdad, haber marcado la diferencia entre una y otra modalidad procedimental; por cuanto su constancia en el proceso judicial no resiste el menor envite; ni siquiera resulta susceptible de graduación alguna: así, hay inmediación o no la hay (pero no cabe que haya «más o menos» inmediación); y un proceso judicial sin la referida inmediación —al menos respecto de la práctica y valoración probatoria— no superaría el estándar mínimo de respeto a los derechos de acción y, en su reverso, de defensa en un estado democrático de Derecho como el nuestro⁴¹: si nuestros procesos —¿judiciales?— pudieran celebrarse extramuros de la Jurisdicción y fuera de su conocimiento directo, precisamente, en su fase nuclear, la probatoria; si la respuesta judicial pudiera otorgarse sin la menor interacción probatoria de las partes —testigos y peritos— con el Juez llamado a ventilar la controversia, entonces no estaríamos —desde luego— ante un proceso justo. Por tanto, todos los procesos judiciales —y no solo los declarativos ordinarios, sino también (por supuesto) los especiales y sumarios deben estar informados —sin excepción, ni graduación, ni matices— por el principio de inmediación.

Los principios de concentración y oralidad, sin embargo, sí pueden ser modulados, por el legislador, en función de múltiples factores en cada tiempo y lugar; puesto que ni uno ni otro son principios absolutos que deban iluminar (en términos maximalistas), y bajo apercibimiento de degradación procedimental o deficiente garantismo, el relevante trayecto hacia el enjuiciamiento: así, un juicio verbal debiera ser —lógicamente, más concentrado; y también —por pura lógica— debiera caracterizarse por una tendencia hacia la oralidad —siquiera sea por su propia nomenclatura— más acusada que el propiamente «ordinario», aún cuando ambos deban cumplir un estándar de «mínimos» en la asunción de ambos parámetros, tanto de concentración —garantía de economía procesal, celeridad temporal y conocimiento judicial unificado del obje-

41. Vid., CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., «Acción y Defensa en clave digital: «Dos caras de una misma moneda» y un «brindis al sol» en la inminente Ley de Derecho de Defensa», *Actualidad Civil* n° 4, Ed. La Ley, Madrid, abril de 2023; CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., «El derecho de defensa y su curiosa ecuación axiomática con el derecho de acción en la proyectada LO del Derecho de Defensa», *Actualidad Civil* n° 2, Ed. La Ley, Madrid, enero, 2024.

to del juicio—, como de oralidad —recuérdese el mandato constitucional: «El procedimiento será predominantemente oral» (art.120.2 CE)—

Sin embargo, un juicio verbal y un proceso ordinario no se distinguen —como es lógico— por su inmediación, contradicción o publicidad, debiendo inspirarse la tramitación procedimental —de ambos tipos de modalidades procedimentales— en todos y cada uno de aquellos incuestionables e invariables principios; sino por su concentración y oralidad: el juicio verbal debiera ser, lógicamente, más concentrado y oral que el ordinario; en otro caso, tendríamos un diseño procedimental general —prácticamente idéntico— para objetos litigiosos diversos, en función de una materia/cuantía de mayor/menor complejidad/valor económico; y ello supondría —más allá de una desigualdad sustantiva carente de todo fundamento procedimental— un inconveniente adicional: el de determinar, caso por caso, cual sea el «procedimiento adecuado» —con posible parálisis procesal por causa del (eventual) error en su elección— cuando, en verdad, ambos tipos de procedimientos son prácticamente idénticos.

En consecuencia, y dejando ya un lado el acierto/error de la selección de objetos litigiosos derivados —por razón de la materia (con la referida ampliación de las tres nuevas materias: acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación, acciones que otorga a las Juntas de Propietario y a éstos la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, siempre que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad y aquellas en las que se ejercita la acción de división de la cosa común) o de la cuantía (con la también aludida elevación a 15.000 euros) al juicio verbal— debemos ahora analizar si esta modalidad procedimental es realmente más concentrada y, además, más oral que la del proceso ordinario o, por el contrario, ambos tipos de procesos declarativos ordinarios han confluido en una tramitación tan similar que, realmente, y también por razones de simplificación, eficiencia y agilidad, debieran —al fin— refundirse en una única modalidad procedimental.

4. Cuestionamiento

La cuestión a dilucidar es simple: ¿Cuánto más «concentrado» y «oral» es el «juicio verbal» que el «proceso ordinario»? Si la respuesta trae, por todo resultado, un balance positivo en favor de una efectiva concentración y oralidad —traducida en una resolución del conflicto más rápida, más ágil, más económica o, incluso, más proclive a la inmediata resolución negociada (precisamente por esa mayor interacción/flexibilidad/dinamismo inherente a la «oralidad concentrada»); entonces el juicio verbal seguirá siendo fiel a la filosofía que inspiró su primigenia arquitectura procedimental, pese a tantos avatares como ha venido soportando en las últimas reformas. Por el contrario, si la respuesta

trae por todo resultado, una equiparación, semejanza o similitud entre ambos tipos de procesos —ordinario y verbal—, entonces la disociación resulta de tal esterilidad e inconsistencia, que debiéramos plantearnos su mantenimiento.

Veamos, pues, estas analogías y diferencias en la tramitación —o procedimiento— de ambos tipos de procesos —ordinario y verbal—, para cuantificar y con ello, dar respuesta a la incógnita planteada, respecto de cuánto más de concentración y oralidad tiene el juicio verbal, respecto del ordinario, para —en función de la respuesta— dotar de sentido a esta bifurcación procedimental o, en otro caso, para implorar su unificación.

La primera fase —de alegaciones— del juicio verbal está integrada, como se sabe, por la demanda y la contestación a la demanda «con el contenido y forma propios del juicio ordinario» (arts. 437.1 y 438.1, ambos de la LEC, referidos a la demanda y contestación a la demanda respectivamente), salvedad hecha de esos —pocos— juicios verbales en que no se actúe con Abogado y Procurador (recuérdese, aquellos cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y ésta no exceda de 2.000 euros del 31.2.1º LEC), en los que las partes —demandante y demandado— podrán acogerse a alguna de las siguientes opciones: el demandante podrá formular una *demanda sucinta*, «dónde se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida, concretando los hechos fundamentales en que se basa la petición. A tal fin, se podrán cumplimentar unos impresos normalizados que se hallarán a su disposición en el órgano judicial correspondiente o en la sede judicial electrónica» (art. 437.2 LEC); y el demandado, por su parte, será informado —a través del decreto de admisión de la demanda— en esos mismos supuestos de potestativa —o no preceptiva— intervención de Abogado y Procurador, de la puesta a su disposición, «en el órgano judicial correspondiente o en la sede judicial electrónica, (de) unos formularios o impresos normalizados, que puede emplear para la contestación a la demanda».

En consecuencia, demandante y demandado pueden ejercitar su derecho de acción y defensa, respectivamente, mediante escritos estandarizados en esos «juicios verbales» en que no resulta obligatoria la intervención de Abogado y Procurador, esto es, en los seleccionados por razón de la cuantía —inunca de la materia!— cuyo objeto litigioso tenga un valor inferior a 2000 euros: la omisión de toda referencia a esta (escasa) cantidad económica, tras una reforma que —sumada a la anterior— multiplica por 5 la cantidad mínimamente requerida —desde su origen (con 3000 euros)— en este momento para optar por el verbal (recuérdese: demandas cuya cuantía no exceda de 15.000 euros)— resulta curiosa: si se actualiza la cuantía del verbal, ¿cómo no actualizar —en

paralelo— los verbales en que los no resulta preceptiva la intervención de Abogado y Procurador?. Pero más allá de esta consideración crítica —respecto de una actualización sesgada o al menos, no unificada de los distintos «importes» de acceso al verbal (con o sin preceptiva capacidad de postulación por relación al nuevo ámbito objetivo/cuantitativo)—; lo cierto es que la demanda y contestación a la demanda estandarizadas —como únicas peculiaridades— de los juicios verbales por razón de la cuantía inferior a esos 2000 euros, además de ser —en valor porcentual— escasos, no suponen un plus de concentración, ni de oralidad; sino, a lo sumo, de economía (material, que no procesal) y tal vez, agilidad (de nuevo material).

Los juicios verbales, por tanto, «principiarán» —generalmente— por demanda ordinaria, que será examinada por el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, para proceder: bien a su admisión por decreto; bien a su dación de cuenta al Tribunal en los supuestos del artículo 404 —falta de jurisdicción o competencia y/u otros defectos formales— para que éste resuelva lo que proceda. Una vez admitida la demanda, dará traslado de ella al demandado para que conteste por escrito en el plazo de diez días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario. En suma, tanto la demanda como la contestación a la demanda —actuaciones ambas que integran la primera fase, de alegaciones, del juicio verbal— son escritas. No es momento ya de destacar las virtudes de la escritura frente a la oralidad en una fase tan precisada de fijeza/certeza como la de alegaciones; pero sí conviene recordar —para contextualizar como es debido la ubicación del verbal en nuestro mapa procedimental general— que la contestación a la demanda del juicio verbal fue oral desde su primera formulación en el año 2000, hasta su modificación, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre —de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—, que la transformó en escrita, con la evidenciable finalidad —*verba volant, scripta manent*— de dejar perfectamente delimitado el objeto litigioso. Bien es cierto que la oralidad de la contestación a la demanda ofrecía, al Juez, una mayor —y mejor— comprensión del asunto, pues el dinamismo, flexibilidad y libertad de la expresión verbal siempre sería superior que la vertida en un escrito, dónde quedan delimitados, «a sangre y fuego», tanto el objeto litigioso, como los estrechos —y encorsetados— márgenes de las pretensiones y contra-pretensiones. También es cierto que la oralidad de la contestación a la demanda ofrecía agilidad, celeridad y rapidez al proceso, que discurría, no cabe duda, a otra velocidad. Sin embargo, la escritura ofrece beneficios capaces de eclipsar estas virtudes: una mayor calidad técnica, fijeza y, sobre todo, de equilibrio en las posiciones de las partes. La priorización de la escritura, frente a la oralidad, para los escritos iniciáticos del proceso parece, desde luego, la mejor opción, por tales razones de fijeza, permanencia y, al término, seguridad procesal, así como de «tutela judicial efectiva» (acción), pues la contestación a la demanda verbal sacrificaba —y mucho— el derecho del actor, a conocer con la debida

antelación, prontitud y certeza, las excepciones procesales y materiales en que el demandado amparaba su defensa, así como los mecanismos probatorios de que intentase valerse, de cara a rebatirlas, también, con los adecuados elementos probatorios. Y es que la complejidad de un buen número de juicios verbales —a la que, ahora se suma su cuantía, relativamente elevada: hasta 15.000 euros— bien merecen que, tanto el Juez como las partes tomen conocimiento, con la debida antelación a la vista, de los exactos extremos del conflicto.

La reciente reforma fija un nuevo plazo —30 días desde la demanda o contestación— para la aportación extemporánea de dictámenes periciales en el juicio verbal. Así, según el nuevo art. 337.1 de la LEC —cuya novedad (respecto del referido plazo), por cierto, tan sólo afecta al juicio verbal— establece lo siguiente: «si no les fuera posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o la contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar para su traslado a la parte contraria, en cuánto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o treinta días desde la presentación de la demanda o de la contestación en el juicio verbal. Este plazo puede ser prorrogado por el tribunal cuando la naturaleza de la prueba pericial así lo exija y exista una causa justificada». Esta reforma, lejos de agilizar, concentrar y/o simplificar las actuaciones, viene a dilatarlas (y a «esparcirlas»); por cuánto —y con independencia del acierto —o desatino— del cambio de plazo del verbal: 30 días desde la demanda o la contestación a la demanda (insólito, por cierto, que se fijen dos posibles *dies a quo* distintos para un mismo plazo) en lugar de los 5 días (estipulados en la legislación que dejamos atrás) desde el día de la vista (plazo mucho más concreto con un único *dies a quo*); pero —como digo— con independencia de este cambio de plazo y dual oferta —para idéntico término— de dos *dies a quo* distintos —demanda y contestación a la demanda (siempre del verbal), lo cierto es que la facultad, conferida al Juez, de prorrogar dicho plazo, en función de la naturaleza de la prueba pericial (¿no son todas las pruebas periciales de la misma naturaleza? Seguramente la dificultad o amplitud de una pericial, por relación a otra, sea la razón del aplazamiento y no su naturaleza), mediando causa justificada, tantas veces como lo considere sin límite alguno, puede llegar a constituirse en una auténtica «rémora procesal»: la importancia del tiempo en el Derecho. La modificación de este plazo comporta la correlativa revisión —en el nuevo art. 440.IV *in fine* LEC del plazo de 5 días de que disponen las partes, desde la recepción de la citación, para indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el LAJ a la vista para que declaren en calidad (en este caso) de peritos: así, en el supuesto de que alguna de las partes hubiera anunciado la presentación de una prueba pericial conforme al recién enunciado art. 337.1 LEC, este plazo de 5 días empezará a contar desde que se tenga por aportado el referido dictamen o haya transcu-

rrido el plazo para su presentación. Esperemos que este tipo de peticiones — los aplazamientos periciales (se entiende)— no alberguen motivaciones obstruccionistas y dilatorias, que bajo la excusa de la imprescindible presentación de una concreta pericial, vengan —en verdad— a ralentizar el juicio más expeditivo de nuestra Justicia civil contenciosa.

En los casos de demandas, que instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación —del art. 250.1.7º LEC), el demandado podrá oponerse a la demanda por las causas legalmente establecidas en el art. 444.2 LEC pero sin necesidad ahora —y esta es otra novedad de la nueva regulación del verbal que estamos estrenando— de prestar caución.

Y de vuelta al «núcleo duro» la fase de alegaciones de los procesos declarativos ordinarios, conviene ya advertir que: Si la demanda y la contestación a la demanda del juicio verbal en nada difieren respecto de esos mismos escritos procesales en el proceso ordinario, resulta nítido que el juicio verbal actual —por de pronto, en esta fase— no es «más oral» que el «proceso ordinario»; pero sí parece, sin embargo, algo más concentrado, por cuánto el demandado habrá de contestar a la demanda del verbal en el plazo de diez días (art. 438.1.III LEC), por contraste al de veinte días (art. 404.1 *in fine* LEC) del ordinario.

La celebración de la vista del juicio verbal se hace depender —de nuevo y también contra todo pronóstico, pues el Proyecto depositaba esta facultad en sede exclusivamente judicial— de la voluntad de las partes. Y es que, conforme a la máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, resulta claro que el Juez habrá de enjuiciar las pretensiones formuladas por las partes conforme a sus alegaciones fácticas acompañadas, en su caso, de las herramientas probatorias de las que intenten valerse. Por tanto, si la descripción fáctica, efectuada por las partes, resulta pacífica y la única discrepancia existente entre ellas es jurídica; resultará ocioso consumir una fase procesal como la vista, destinada en exclusiva a la prueba, cuando, por suerte, los hechos no precisan ser probados, por su armoniosa asunción. El demandado, en su escrito de contestación, deberá pronunciarse, pues, de forma necesaria, sobre la pertinencia de la celebración de la vista. Igualmente, el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación. Si ninguna de las partes la solicitase y el Tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites.

En todo caso, bastará con que una de las partes lo solicite para que el Letrado de la Administración de Justicia señale día y hora para su celebración, dentro

de los cinco días siguientes. No obstante, en cualquier momento posterior, previo a la celebración de la vista, cualquiera de las partes podrá apartarse de su solicitud por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones meramente jurídicas. En este caso se dará traslado a la otra parte por el plazo de tres días y, transcurridos los cuales, si no se hubieren formulado alegaciones o, en su caso, manifestado oposición, quedarán los autos conclusos para dictar sentencia si el Tribunal así lo considera.

Como se desprende de la «insistente» regulación de la vista en el trayecto final del procedimiento, es voluntad del Legislador tratar de evitar, siempre que sea posible, su celebración con la legítima finalidad de poner término, cuánto antes, al juicio verbal: en este sentido, siempre que ambas partes muestren —de forma originaria o, incluso, sobrevenida— su conformidad con los hechos, el juicio quedará visto para sentencia sin necesidad de transitar por este período procesal destinado en exclusiva a la práctica de la prueba. Ahora bien, con el objeto de dotar al juicio verbal de las máximas garantías procesales y aunque la voluntad legislativa prioritaria se oriente a evitar la celebración de la vista; esta vista tan sólo podrá eludirse, resulta nítido también, cuando se produzca una voluntad concurrente —de ambas partes: activa y pasiva— respecto de su inutilidad por asunción —expresa o tácita— de los hechos o por la «notoriedad» de los mismos; en otro caso, y aunque tan solo un justiciable dentro de una pluralidad de ellos en cualquiera de las dos partes así lo solicite, habrá de celebrarse dicha vista: no se olvide que un derecho fundamental de la transcendencia del «derecho a la práctica de la prueba» está en juego. Seguramente esta lectura constitucional del mantenimiento de una arquitectura procedimental (también para el verbal) garantista —la del escrupuloso respeto a la práctica de la prueba— haya sido la determinante del cambio de opción legislativa, pues el Proyecto de Ley preveía —en su proyectado art. 438.10— que fuese únicamente el tribunal el que resolviese, por medio de auto —entre otras (posibles) peticiones de las partes: impugnación de la cuantía y admisión de la prueba propuesta— sobre la pertinencia de la celebración de la vista, acordando —en caso de no considerarla necesaria— que los autos quedasen, por fin, conclusos para dictar sentencia. Esta opción —de conferir al Juez la exclusiva facultad de decidir cuándo se celebran las vistas de los juicios verbales (y cuando no)— ha sido, finalmente descartada; y por tanto, de nuevo, puede concluirse que los juicios verbales no se ahorrarán —en pleno corazón del procedimiento— la fase probatoria cuando —al menos, una de— las partes solicite el ejercicio —dentro de los consabidos límites de legalidad, licitud, pertinencia y utilidad— de su derecho fundamental a la práctica de la prueba.

Y para concluir con la tramitación del juicio verbal, hemos de resolver —afirmativamente— la incógnita respecto de la posible —o imposible— práctica de diligencias finales al término la celebración de la vista: con anterioridad a la

reforma, parecía claro —a la luz del texto legal— que este tipo de diligencias quedaban reservadas —en exclusiva— para el proceso ordinario, pues el antiguo artículo 445 de la LEC no se refería a ellas específicamente. Doctrina⁴², Profesión⁴³ y Jurisprudencia⁴⁴, conscientes de la dificultad de extensión automática —y sin cobertura legal habilitante— del proceso ordinario al juicio verbal, respecto de ambos tipos de actividades procesales —diligencias finales y conclusiones—, venían reclamando el reconocimiento legal expreso de dicha extensión, en los casos en que el déficit probatorio —de no practicarse estas diligencias— pudiera abocar, al Juez, a resolver el objeto litigioso con una considerable carencia o insuficiencia de información y/o conocimiento. Ante la evidente lectura constitucional del precepto 445 —que ya se venía haciendo por parte de un buen número de Juzgados— consistente en otorgar prioridad al derecho fundamental a la práctica de la prueba (ex. art. 24.2 CE: «Todas las personas tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa») frente cualquier otra interpretación inflexible, rígida —o ciega— de la LEC; la reforma ha incorporado, expresamente —y de nuevo contra todo pronóstico ante la ausencia de dicha previsión en el Proyecto de Ley del que trae causa esta reforma—, la remisión —ahora explícita— al proceso ordinario para la práctica de estas diligencias finales: así, el nuevo artículo 445 de la LEC establece que «en materia de prueba y de presunciones, será de aplicación a los juicios verbales lo establecido en los capítulos V y VI del Título I del presente Libro, así como los artículos 435 («Diligencias finales. Procedencia») y 236

42. VALLESPÍN PÉREZ, D.: «Si tomamos conciencia acerca del rol y fundamento de las diligencias finales que se deducen de la dicción literal del art. 435 LEC, así como tenemos bien presente que los titulares de la potestad jurisdiccional vienen obligados a dictar sentencias justas, no se atisba razón alguna para concluir que idénticos problemas a los derivados de la falta de prueba, ligada a la convicción judicial, no puedan darse en nuestros dos procesos declarativos: el juicio ordinario y el juicio verbal; máxime si ambos procesos no tienen más diferencia que aquella que deriva de la materia o cuantía sobre la que versan y de su aceleración o abreviación procedimental», «Diligencias finales y juicio verbal: una oportunidad perdida con motivo de la Ley 42/2015», *Práctica de Tribunales*, Nº 128, Septiembre-Octubre 2017; MAGRO SERVET, Vicente: «la cuestión que nos planteamos es si es posible que se admita la práctica de diligencias finales en el juicio verbal y no solo en el ordinario. La respuesta debe ser a favor de la posibilidad de practicar diligencias finales en el juicio verbal, por cuanto no puede hacerse de «menor rango procesal» al juicio verbal y con menos posibilidades de probar», «A favor de las diligencias finales en el juicio verbal», *Práctica de Tribunales*, Nº 162, Mayo de 2023, Editorial LA LEY, p. 3.

43. TÁVARA ZARIQUIEY, J. A.: «negar de plano que en un juicio verbal exista la posibilidad de actuar en vía de diligencias finales un medio probatorio pertinente, aportado en tiempo y forma, atenta directamente contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y puede dejar a las partes en indefensión. La posibilidad de actuar dicho medio de prueba en segunda instancia (en aplicación del artículo 460.2.2º LEC) no nos sirve de consuelo, ya que aún actuando el medio de prueba en cuestión en sede de apelación la parte habrá perdido su derecho a que las dos instancias de ley revisen y valoren la prueba producida en el proceso», «Conclusiones y diligencias finales en el nuevo juicio verbal», <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/conclusiones-y-diligencias-finales-en-el-juicio-verbal/>.

44. STS de 12 de noviembre de 2008: «Si faltan pruebas, deben practicarse las diligencias finales que prevé el artículo 435 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y que no se contemplan para el juicio verbal (...) pero que tampoco están prohibidas ya que prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española frente a una imprevisión de la ley».

(«Plazo para la práctica de las diligencias finales. Sentencia posterior») de este texto legal». En consecuencia, los juicios verbales ya cuentan —por así reconocerlo expresamente la LEC— con diligencias finales (nuevo art. 446 LEC) y conclusiones (art. 447.1 *ab initio* LEC).

Finalmente, la sentencia del juicio verbal —también contra todo pronóstico, pues el Proyecto apostaba por las sentencias *in voce*— es escrita. Y para recapitular: si el nuevo juicio verbal es el procedimiento adecuado para ventilar asuntos caracterizados por la «simplicidad de lo controvertido» (y por su cauce discurrirá, entre otros, el río —probablemente— más caudaloso de toda la Jurisdicción civil contenciosa: el de los procesos testigo); así como, en su defecto, por el «pequeño interés económico» del objeto litigioso (con asuntos de valor económico de —inada menos que!— hasta 15.000 euros); entonces parece —por de pronto— que el ámbito objetivo de este juicio verbal queda desbancado por un excesivo ensanchamiento repentino de la calidad/cantidad litigiosa susceptible de enjuiciamiento. Pero este novedoso ensanchamiento objetivo —operado por la reciente reforma— guarda perfecta coherencia con la arquitectura procedimental rediseñada en el año 2015 —para provocar el comienzo de una «metamorfosis» del verbal, susceptible —en el ánimo del legislador del año 2022— de mayor recrudescimiento —con tres hitos que no prosperaron: la imposición de los MASC (como requisito de procedibilidad), la decisión exclusivamente judicial respecto de la celebración (o no) de la vista y la sentencia oral—, que quedó finalmente descartada —por mayor prudencia del legislador del año 2023. Con todo, a la vista de las fases que integran los dos declarativos ordinarios —el propiamente ordinario y el verbal— y en respuesta a la incógnita planteada al título de este trabajo —¿Cuánto más de verbal y de concentrado tiene el verbal que el ordinario?— conviene concluir lo siguiente: ordinario y verbal son exactamente coincidentes en la «oralidad/escritura» de todas sus fases, por cuánto las fases primera —de alegaciones— y última —sentencia— son íntegramente escritas en los dos casos; siendo la fase probatoria —también en ambos tipos de procesos— exclusivamente oral, con independencia de la posible celebración telemática de dichas vistas o juicios; y la evidente «mayor concentración» del verbal frente al ordinario se traduce, en primer término, en la minoración de días —en concreto, la mitad— que median entre la contestación a la demanda del verbal (10 días) y su homóloga en el ordinario (20 días) —no se refuerza este argumento con el distinto plazo para dictar sentencia (también combinado en 10 días para el verbal y 20 para el ordinario) por su evidente irrealidad práctica—; así como, en segundo, en la inexistencia de audiencia previa en el verbal y consiguiente centralización —en la vista de este proceso— de todas y cada una de las actuaciones procesales que en el ordinario quedan diversificadas entre dicha audiencia y el juicio *proprie dicta*. Si tomamos en consideración que en esta «vista» deben ventilarse —con plenitud de garantías— todos y cada uno de los extremos que en el ordinario se diluci-

dan en las dos fases —audiencia previa y principal o juicio— que vienen a aglutinarse en la vista; así como que la nueva regulación del «verbal» —frente a tantas críticas como se habían vertido— incorpora expresamente, además de las conclusiones —que ya habían sido inyectas en la reforma de 2015— la práctica de diligencias finales; entonces resulta claro que la duración real del verbal podrá ser —según cual sea la complejidad del caso— muy similar a la del ordinario; acaso, superior cuando aparezcan «procesos en letargo» a la espera del testigo.

La nueva regulación del juicio verbal apenas incorpora novedades (ya se ha visto) —más allá (en lo sustantivo) del ensanchamiento objetivo (materia/cuantía) y (en lo procesal) del nuevo plazo para la presentación extemporánea de la prueba pericial, la omisión de referencia a la caución para presentar una oposición a las demandas sobre derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad y la expresa inclusión/reconocimiento de las diligencias finales—; pero la progresiva desnaturalización del juicio verbal (destinado, ahora, indistintamente a asuntos sencillos y/o complejos, así como de escaso o elevado valor económico) —que puede pasar a ser un juicio íntegramente escrito o telemático— nos conduce a creer que ya no es, ni más verbal, ni «mucho más concentrado» que el ordinario, razón por la que esta bifurcación procedimental —tras la metamorfosis provocada, de forma progresiva, por las reformas de 2015 y 2023— podría —como anunciaron algunos autores— comenzar a carecer de sentido.

5. Conclusiones

La Justicia civil contenciosa del siglo *xxi* debe simplificarse (a través, en este caso, de una drástica reducción de los juicios sumarios y de los procesos especiales), y este reto (de simplificación, se entiende) debe afrontarse, además, con urgencia, si es que realmente se quiere cumplir con los —comprometidos— planes de simplificación, austeridad, eficiencia, sostenibilidad y resiliencia de la Justicia como «servicio público». Pero resulta claro que no debe hacerse a costa de una drástica —y progresiva— unificación procedimental de nuestro dual plantel de declarativos ordinarios, puesto que la Ley de Enjuiciamiento Civil integra en su mapa geográfico —a diferencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, mucho más armónica, coherente e integrada (y de ahí la suficiencia de un único procedimiento, capaz de dar respuesta, por su versatilidad, a un buen número de heterogéneas pretensiones, tanto contradictorias como armónicas)— un ingente número de controversias diversas: la opción de contar con un juicio verbal —expeditivo, veloz, flexible, dinámico, sencillo, ágil— para asuntos realmente sencillos —con dos fases: alegaciones y vista— frente a otro, el ordinario, destinado a cuestiones complejas y/o de elevada cuantía,

ahora con tres fases —alegaciones, audiencia previa y audiencia principal o juicio—, siendo ambos —como es lógico— igualmente garantistas, no debe despreciarse. En el acierto a la hora de afrontar la modulación de las garantías mínimas, por contraste a los trámites prescindibles —en sus diversas fases— está el éxito o fracaso del mismo sistema procedimental. La reciente reforma ha apostado —de forma acertada— por el mantenimiento de la bifurcación procedimental y el respeto a sus fases estructurales, pues ha renunciado, de forma conservadora, a tres de los (más radicales) ejes sobre los que pivotaba (en fase de proyecto): imposición de los MASC, celebración o no de la vista bajo exclusiva discrecionalidad judicial y sentencia oral—; si bien la progresiva metamorfosis del verbal —en un vertiginoso camino de paulatina equiparación al ordinario— pueden conducirnos, al término, a la difuminación de la filosofía (simplificación, interacción, flexibilidad, dinamismo, celeridad); diseño (dos fases: una escrita —alegaciones—, otra oral —vista-); y alcance (sencillez/escaso valor económico de lo controvertido) de su construcción original.

6. Bibliografía

- BARJA DE QUIROGA, J. y CALAZA LÓPEZ, S., «Justicia digital & Justicia inteligente: De la imbatibilidad del dato a la incertidumbre del juicio», en «Derecho penal económico, Legal Tech y Teoría del delito», Dirs. Eduardo Demetrio & Agatha María Sanz, Hermida; Coords. Mónica de la Cuerda Martín & Faustino García de la Torre García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2024.
- BARJA DE QUIROGA, J. CALAZA LÓPEZ, S., «De la prueba (reina) en el proceso judicial: En favor del ensanchamiento (y contra todo vaciamiento) del juicio oral», *Diario LA LEY*, Nº 10.495, Sección Tribuna, de 29 de abril de 2024, LA LEY.
- BARONA VILAR, S.,
- «[Algoritmización del derecho y de la justicia](#): De la inteligencia artificial a la Smart Justice», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
 - «[Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la «persona maquina» y su responsabilidad](#)», *Actualidad civil*, Nº 10, 2022.
 - «[Ecosistema digital de Justicia eficiente \(De la Justicia digital orientada al documento a la Justicia orientada al dato\)](#)», *Actualidad civil*, Nº 5, 2023
 - «[Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales orientada al dato, una realidad anunciada e iniciada](#)», en *Guía práctica sobre la Reforma Procesal y Digital*, Ed. IIALLEY, 2024, págs. 37-56.
- CACHÓN CADENAS, M.J.
- «[Leyes de enjuiciamiento, y no Códigos de procedimiento](#): entre el oportunismo político y la fuerza del uso», *Justicia: revista de derecho procesal* Nº 2, 2019, págs. 55-80

—«¿Por qué cuesta tanto acceder al Tribunal Supremo? (Comentario al auto de 11 de marzo de 2020 de la Sala Primera del Tribunal Supremo)», *Món jurídic: revista de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona* N.º 330, 2020, págs. 62-63

—«Incongruencia sobre la incongruencia», *Diario La Ley*, N.º 9659, 2020.

CALAZA LÓPEZ, S.,

—«Confluencia de la Jurisdicción y desjudicialización», Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2020.

—«*Rebus sic stantibus*, extensión de efectos y cosa juzgada», Ed. La Ley, Madrid, 2021.

—«Democratización de la Justicia: Los límites del lenguaje jurídico son los límites de la comprensión de la Justicia», en «El Derecho a entender el Derecho. Alcance y límites del lenguaje jurídico», bajo la dirección de Mercedes De Prada, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2023, pp. 347 a 383.

—«Un nuevo golpe de realidad para la Justicia civil como servicio público: La metamorfosis del juicio verbal», *Guía práctica sobre la reforma procesal y digital*, III LALEY, Madrid, 2024.

—¿De cuánta *eficiencia jurisdiccional* estamos hablando?, *Revista Jurídica de Cataluña* n.º 2, Ed. Tirant lo blanch, Barcelona, ISSN 1575-0078, 2024, pp. 240 a 278.

—«¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un *abuso de la Justicia como servicio público* cuando debería haber procurado la *desjudicialización* de su conflicto», *Revista Nueva Fiscalidad*, ISSN 1696-0173, Ed. Dykinson, Madrid, octubre 2024.

—«Nueve ejes esenciales de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencial (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10», *Diario LA LEY*, N.º 10469, Sección Tribuna, 19 de Marzo de 2024, LA LEY.

—«Justicia digital & Justicia inteligente: De la imbatibilidad del dato a la incertidumbre del juicio» (con BARJA DE QUIROGA, Jacobo), en «Derecho penal económico, Legal Tech y Teoría del delito», Dirs. Eduardo Demetrio & Agatha María Sanz, Hermida; Coords. Mónica de la Cuerda Martín & Faustino García de la Torre García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2024.

CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M.,

—«Acción y Defensa en clave digital: «Dos caras de una misma moneda» y un «brindis al sol» en la inminente Ley de Derecho de Defensa», *Actualidad Civil* n.º 4, Ed. La Ley, Madrid, abril de 2023.

—«El derecho de defensa y su curiosa *ecuación axiomática* con el derecho de acción en la proyectada LO del Derecho de Defensa», *Actualidad Civil* n.º 2, Ed. La Ley, Madrid, enero, 2024.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.,

—Régimen jurídico de la oposición en el marco de la Jurisdicción Voluntaria», *Diario La Ley* n. 8496, 9 de marzo de 2015.

- La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, RCDI, 755, 2015, pp. 1337-1554
 - «Ley 15/ 2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: una visión general de la nueva regulación», *Revista General de Derecho Romano* n° 26, 2016.
 - Prefacio, Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Dirección Fernández de Buján. Coordinación Serrano de Nicolás, A, TR Civitas 2016, pp. 43— 84
 - La nueva concepción de la Jurisdicción Voluntaria en la Ley 15/2015», en «Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción Voluntaria». Aranzadi, 2016.
 - Decisión del expediente, en Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Dirección Calaza López, S., Coord. De Prada, M., Tirant lo Blanch 2022. Capítulo XVI, pp. 371- 394
- GIMENO SENDRA, Vicente,
- «La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios», *Revista General de Derecho Procesal* n° 51, 2020
 - «*La simplificación de la Justicia Penal y Civil*», Ed. BOE, Madrid, 2020.
- MAGRO SERVET, Vicente, «A favor de las diligencias finales en el juicio verbal», *Práctica de Tribunales*, N° 162, Mayo de 2023, Editorial LA LEY
- MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento civil y la oralidad», *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 600, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084998>
- NIEVA FENOLL, J., «La paulatina constitucionalización del derecho al recurso», [Revista de Derecho Político, N° 120, 2024.](#)
- PÉREZ DAUDÍ, V.,
- «Los MASC y el proceso civil. Propuestas de reforma del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal», en «[Externalización de la Justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral](#)» / coord. por [José Carlos Muínelo Cobo](#), [Irene Suberbiola Garbizu](#); [Sonia Calaza López](#) (dir.), [Ixusko Ordeñana Gezuraga](#) (dir.), 2022, págs. 459-483.
 - «[De la justicia a la ciberjusticia](#)», Ed. Atelier, Barcelona. 2022
- PICÓ I JUNOY, J., «MASC y costas procesales en el futuro proceso civil ¿la cuadratura del círculo?», [Diario La Ley, N° 9801, 2021](#)
- RAMOS MÉNDEZ, F.,
- «El mito de Sísifo y la Ciencia procesal», Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
 - «[¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?](#)», [Justicia: revista de derecho procesal N° 3-4, 2006.](#)
 - «[¿ Cuánta jurisdicción voluntaria necesitamos ?](#)», [Anales \(Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil\), N°. 2005-2008, 2008](#), págs. 213-236.
 - «[Desjudicializar](#): el reto de una sociedad civil madura y democrática», [La notaria N°. 2, 2010](#), págs. 27-29

- «[Tutela efectiva es ejecución](#)», en [Principios y garantías procesales: «Liber Amicorum» en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos / Joan Picó i Junoy](#) (dir.), 2013, págs. 327-342
 - «[El umbral económico de la litigiosidad](#)», en [La evolución del Derecho procesal a la luz de «Justicia»: 40 años de historia](#) / coord. por [Joan Picó i Junoy](#), 2021, págs. 785-819
 - «[¡La justicia es un chachondeo!](#)», [Justicia: revista de derecho procesal](#), «El sistema procesal español», Ed. Atelier, Barcelona, 11^a edición, Barcelona, 2019.
 - «[La eficacia del proceso](#)», en [La evolución del Derecho procesal a la luz de «Justicia»: 40 años de historia](#) / coord. por [Joan Picó i Junoy](#), 2021.
 - «El juicio civil», actualizada por CACHÓN CADENAS, Manuel y RAMOS ROMEU, Francisco, Ed. Atelier, 3^a edición, Madrid, 2023.
- TÁVARA ZARIQUEY, J. A., «Conclusiones y diligencias finales en el nuevo juicio verbal», <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/conclusiones-y-diligencias-finales-en-el-juicio-verbal/>.
- VALLESPÍN PÉREZ, D.,
- «Diligencias finales y juicio verbal: una oportunidad perdida con motivo de la Ley 42/2015», *Práctica de Tribunales*, N^o 128, Septiembre-Octubre 2017
 - «Pasado, presente y futuro del juicio verbal», *Práctica de Tribunales*, N^o 161, Marzo de 2023, Editorial LA LEY.
- VV.AA., *La casación Civil*, Coordinadores: Sonia Calaza López y José Ramón García Vicente, Ed. LA LILEY, Madrid, 2023.
- VV.AA., «El nuevo procedimiento testigo y extensión de efectos», Dir. Sonia Calaza López y Mercedes de Prada Rodríguez, Ed. AranzadiLALEY, Madrid, 2024.
- VV.AA., «El recurso de apelación civil: Fundamentos, claves y análisis crítico de la reforma», Dirección Sonia Calaza López e Ixusko Ordeñana Gezuraga, Ed. AranzadiLALEY, Madrid, 2024.
- VV.AA., «NEXT GENERATION JUSTICE: Digitalización e Inteligencia Artificial», Dirección Sonia Calaza López e Ixusko Ordeñana Gezuraga, Ed. AranzadiLALEY, Madrid, 2024.

VI | La declaración negativa: entre las acciones torpedo y las provocatorias encubiertas

M.^a Pía Calderón Cuadrado¹

Catedrática de Derecho Procesal Universidad de Valencia
Magistrada Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

SUMARIO: 1. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES DECLARATIVAS NEGATIVAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 1.1 RECORDANDO. 1.2 MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES RECIENTES Y FACILITADORAS. 1.3 Y DE NUEVO EL ARTÍCULO 24.1 DE LA CE (Y LOS ARTÍCULOS 47 DE LA CDFUE Y 13 DEL CEDH). 2. UN OBSTÁCULO QUE NO LO ES TANTO: LA INVERSIÓN DE ROLES Y LA PROBLEMÁTICA PROBATORIA. 2.1 ACEPTACIÓN DE LA SINGULARIDAD PROCESAL. LA PREVISIÓN LEGAL DEL *EXEQUATUR* NEGATIVO. 2.2 ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA CARGA DE LA PRUEBA. 3. UNO SEGUNDO QUE TAMPOCO LO ES: SU CONFUSIÓN CON LAS *TORPEDO ACTIONS*. 3.1 UNA PREOCUPACIÓN SURGIDA EN EL ENTORNO EUROPEO. 3.2 Y UN DESISTIMIENTO: LA STJUE DE 25 DE OCTUBRE DE 2012, ASUNTO C-133/11, *FOLIE FISCHE AG Y AG CONTRA RITRAMA SPA*. 4. CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Sobre la admisibilidad de las acciones declarativas negativas en el ordenamiento español

1.1. Recordando

(i) Cuando a mediados del siglo xx se produjo en nuestro país el reconocimiento generalizado de la tutela meramente declarativa, éste se realizó sin distinción alguna entre las dos opciones de declaración que se abrían: la positiva respecto a la existencia de un derecho, la negativa en cuanto a la solicitud de inexistencia. La complejidad que en sí misma entrañaba su admisibilidad quizá fue el motivo por el que la doctrina y la jurisprudencia patria aceptaron, prácticamente sin reflexión ni discusión, una y otra modalidad de actividad jurisdiccional.

1. Al profesor Cachón, con profundo respeto, intelectual y, lo que para mí es más importante, personal.

Pronunciamientos judiciales como «la acción meramente declarativa es la que pretende que se constate, con fuerza de cosa juzgada y por medio de un fallo judicial, la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica puesta en duda o controvertida» carecían de una línea jurisprudencial contraria, siendo además sustentados por el propio Tribunal Constitucional: se agota esta modalidad de tutela «en la declaración de existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica»². Y afirmaciones doctrinales similares a la que a continuación se transcriben se encontraban recogidas en la práctica totalidad de manuales, tratados..., obras en general de Derecho Procesal Civil: «son acciones meramente declarativas (...) aquellas en las que el actor pretende que se declare la existencia, la inexistencia o el modo de ser de un determinado derecho o de una cierta relación jurídica (p. ejem. que existe una servidumbre constituida sobre una concreta finca —o que tal servidumbre no existe; que el actor es titular de una licencia para fabricar un determinado producto —o que el demandado no es titular de tal licencia; que entre actor y demandado existe un contrato de vivienda —o que tal contrato no existe, etc.)»³.

La realidad de dos clases de sentencia de pura declaración, positiva y negativa, y su admisión en derecho español era, pues, cuestión no controvertida. Como tampoco lo era en Alemania, con previsión expresa (& 256 ZPO), y en otros países donde se concluía, después de destacar sus ventajas, de manera similar⁴.

2. Entre otras muchas, STSJ de Las Palmas, Sala de lo social, de 3 de octubre de 1993: «Prescindiendo de los antecedentes legales e históricos (...), la acción declarativa en la actualidad puede ser tanto positiva como negativa» (BD, marginal RJ-AS 4268/1996).

3. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, A., II, Madrid 1993, pp. 29-30, y luego FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores él mismo, Rifá Solé, J.M. y Valls Gombau, J.F., I, Barcelona 2000, p. 113.

4. En derecho continental y a título ejemplificativo podemos mencionar a MAYNARD, M., *Les jugements déclaratoires*, París 1922, p. 7, entendiendo que la acción meramente declarativa presenta dos formas: la que tiene por fin establecer la existencia de un derecho o de una relación jurídica (que denomina acción confesoria) y la que pretende determinar la no existencia de uno u otro (que denomina acción negatoria); a SCHUMANN, E., en *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen 1997, p. 108, para quien todas las pretensiones declarativas pueden estar dirigidas bien a la declaración de la existencia de una relación jurídica como la formula el texto legal o bien a la declaración de no existencia y/o reconocimiento de un documento o de su falsedad. Si el demandante solicita la declaración de la existencia hablamos de una pretensión declarativa positiva; si niega la existencia se habla de una pretensión declarativa negativa (...); o a CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, traducción Gómez Orbaneja, E., I, Madrid 1936, I, p. 229, indicando desde la más absoluta normalidad que «el nombre de sentencias de pura declaración (...) designa las sentencias que estiman la demanda del actor cuando tiende, no a la realización del derecho, sino cuando se limita a pedir que sea declarada la existencia de su derecho o la inexistencia del derecho ajeno (declaración positiva o negativa)». Para este autor, al igual que para los anteriores, dicha declaración «es por sí mismo un bien», consistiendo en las declarativas negativas «en la certidumbre de no estar sometidos a la pretensión o al poder del adversario...» (pp. 230 y 243).

Por su parte y respecto al derecho anglosajón, puede verse ZAMIR y WOOLF, (WOOLF, The Rt. Hon. The Lord, y WOOLF, J.), *The declaratory judgments*, London 2002, pp. 189-201. Para su autor, y después de definir este tipo de juicios como «a formal statement by a court pronouncing upon the existence or non-existence of a

Sin embargo, nuestro legislador, primero en lo concerniente a supuestos típicos, después en su previsión generalizada, sembraba la duda al referirse únicamente a la declaración de existencia. De hecho, así se preveía con carácter particular para, por ejemplo, los actos de competencia desleal (art. 18.1 LCD, en redacción anterior a la Ley 29/2009, de 30 de diciembre: «Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1.^a Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste»). Y lo reiteraba de manera global respecto a derechos y situaciones jurídicas sin distinción (art. 5.1 LEC: «Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley»).

(ii) Con estas o similares palabras quise comenzar, hace ya algunos años, el análisis de aquella modalidad de actividad jurisdiccional simplemente declarativa omitida por el legislador⁵.

Como es de imaginar, la pregunta que surgió en aquellos momento giraba en torno a si ese silencio normativo sobre la declaración de inexistencia debía considerarse como un simple olvido —y como tal integrarse a través de los criterios interpretativos de todos conocidos— o si, por el contrario, se trataba de una exclusión legalmente querida que, formulada de modo implícito, no permitía respuestas afirmativas.

Aquel interrogante, como podría suponerse también, obtuvo una contestación favorable. Pese a su atipicidad y con independencia de los requisitos de admisibilidad, básicamente la presencia de un interés legítimo o digno de tutela, se entendió que nada impedía aceptar un posible ejercicio de la acción negatoria en el proceso.

En la actualidad, la respuesta no ha variado, manteniéndose incluso las razones que justificaron su viabilidad y que a día de hoy no han sido desmentidas. De hecho, se constata con relativa facilidad que doctrina y jurisprudencia si-

legal state of affairs» (p. 1), una declaración negativa es una declaración en tales términos sobre el no-derecho o la no-responsabilidad (si bien advierten que no siempre esta pretensión se construye literalmente así, pues en ocasiones se formula en sentido positivo y hay que determinar si lo que se busca es precisamente la inexistencia). Téngase en cuenta que tanto aquí como en EEUU la justificación última de la declarativa negativa es remover la incertidumbre que rodea a una determinada relación jurídica y que los casos más habituales de petición versan alrededor de amenazas implícitas o explícitas de inicio de acciones legales contra el demandante (la solución entonces suele venir de la ponderación de los intereses en conflicto y de la valoración de las causas por las que el demandado no planteó el pleito anunciado).

5. CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Tutela civil declarativa*, Valencia 2008.

guen admitiendo esta modalidad de tutela declarativa, que extienden además a todo tipo de proceso. Ahora bien, superada aquella primera discusión sobre su permisión generalizada, todo parece indicar que las materias en cuestión se han desplazado. Primero, hacia las condiciones de la acción, con especial incidencia a los presupuestos exigidos para determinar su procedencia y resolver a continuación la cuestión litigiosa. Después, en relación con ciertos inconvenientes, no tan novedosos como pudiera creerse, que se han asomado a la realidad de la declaración negativa; y tanto en clave interna, fruto del acercamiento a las acciones provocatorias encubiertas, como europea, consecuencia de una pretendida asimilación a las denominadas *torpedo actions*.

1.2. Manifestaciones jurisprudenciales recientes y facilitadoras

Antes de entrar en las objeciones comentadas, conviene actualizar el panorama jurisprudencial patrio que, según se acaba de indicar, en modo alguno lo es de rechazo.

(i) En efecto.

Dieciséis años de aquellas reflexiones y cabe comprobar que nuestros órganos jurisdiccionales respaldan, sin el menor atisbo de duda, la accionabilidad meramente declarativa. Desde luego, tratándose de la positiva y con alguna mención específica, no siempre desarrollada y menos aún explicada, respecto a la negativa.

Sirvan de muestra:

— *La STS 3512/2018, Sala civil, de 16 de octubre,*

repasando la jurisprudencia anterior y en concreto la STS 760/2011, de 4 noviembre, donde se venía a decir que «...bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, esta Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia 614/2005, de 15 de julio, con cita de las de 8 de noviembre de 1994 y 18 de julio de 1997, tiene declarado que aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca de modo expreso la posibilidad de las acciones mero declarativas, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten el ejercicio de estas acciones (...). Este tipo de pretensiones no intentan la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación puesta en duda o discutida, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido pues de la acción declarativa solo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica ...».

— *La STS 1715/2022, Sala civil, de 27 de abril,*

partiendo de la previsión legal de esta modalidad de tutela en el artículo 5.1 de la LEC y analizando a continuación sus presupuestos y su distinción con las acciones constitutivas y de condena:

«1.— (...) El art. 5.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece:

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

2.- Como hemos señalado recientemente en la sentencia 455/2020, de 23 de julio, este precepto legal prevé expresamente la pertinencia de solicitar de los tribunales un pronunciamiento meramente declarativo, lo que ya había sido admitido por la jurisprudencia desde las sentencias de esta Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de febrero, 3 de mayo y 22 de septiembre de 1944, pese a la ausencia de una previsión legal expresa en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- Los presupuestos jurisprudenciales para la admisión de las acciones declarativas y su distinción de las acciones constitutivas.

3.1. Por tanto, conforme al art. 5 LEC, puede solicitarse de los tribunales determinados pronunciamientos declarativos y, en concreto, «la declaración de la existencia de derechos y situaciones jurídicas». Esta posibilidad de tutela declarativa no es, sin embargo, ilimitada o irrestricta. Aparece condicionada por ciertos presupuestos que han sido perfilados por la jurisprudencia.

3.2. El derecho a la tutela judicial efectiva que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, exige la existencia de interés legítimo en obtener tal decisión ya que, como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo, «no se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal».

3.3. En el caso de las acciones declarativas, la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1992, de 30 de noviembre, reiterando la 71/1991, de 8 de abril de 1991, precisa que «la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate».

El mismo Tribunal Constitucional ha perfilado en su sentencia 164/2003, de 29 septiembre, el significado del interés legítimo para el ejercicio de la acción, «como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio

que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (SSTC 65/1994, de 28 de febrero, F. 3, 105/1995, de 3 de julio, F. 2, 122/1998, de 15 de junio, F. 4, y 203/2002, de 28 de octubre, F. 2)».

3.4. Bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, esta Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia 614/2005, de 15 de julio, con cita de las de 8 de noviembre de 1994 y 18 de julio de 1997, declaró: «aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca de modo expreso la posibilidad de las acciones mero declarativas, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten el ejercicio de estas acciones (...). Este tipo de pretensiones no intentan la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación puesta en duda o discutida, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido pues de la acción declarativa solo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica».

De esta doctrina, la sentencia 760/2011, de 4 de noviembre, extrae como presupuestos de las pretensiones mero declarativas las siguientes: (i) incertidumbre sobre la existencia, el alcance o la modalidad de una relación jurídica o, alternativamente, el temor fundado de futuro perjuicio; (ii) que la falta de certeza pueda ocasionar un perjuicio o lesión; y (iii) que no exista otra herramienta o vía útil para ponerle inmediatamente fin al estado de incertidumbre invocado. En este sentido, como recuerda la sentencia 131/2019, de 5 de marzo, «toda acción declarativa ha de responder a la exigencia de un interés legítimo en quien la ejercita (sentencias 64/1999, de 5 de febrero, y 661/2005, de 19 de julio, entre otras)».

— *También, las SSTs, Sala civil, 1319 y 1320/2022, de 29 de marzo, y 1383/2022, de 5 de abril,*

pronunciándose sobre la acción para el reconocimiento judicial de los derechos de aprovechamiento de aguas de dominio privado preexistentes a la Ley de Aguas de 1985, y para confirmar que nos encontramos ante una tutela meramente declarativa, y no por tanto constitutiva o de condena. Indiquemos además que en todas ellas el Tribunal Supremo vuelve a incidir, primero, en su admisión al amparo del artículo 5 de la LEC y, después, en los presupuestos de admisibilidad a los que se halla sometida. De este modo y en cualquiera de los supuestos juzgados, se entendió concurrente el requisito del interés legítimo, en tanto que plenamente acreditado, y asimismo que la acción ejercitada no podía catalogarse de constitutiva o de condena y, en consecuencia, que tenía carácter imprescriptible:

«4.- La aplicación de la jurisprudencia reseñada al caso conduce a la calificación de la acción ejercitada como mero declarativa. El interés legítimo está plenamente acreditado pues, conforme a lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, los titulares de aprovechamientos de aguas privadas afectados por lo regulado en la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, contaban con un plazo improrrogable de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, para solicitar su inclusión en el catálogo de aguas de la cuenca, transcurrido el cual sin

cumplimentar esa obligación «no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme». Por tanto, cegada la vía administrativa del reconocimiento del derecho a los aprovechamientos de aguas privadas preexistentes a la Ley de Aguas de 1985, resulta necesario a fin de obtener dicho reconocimiento obtener una resolución judicial, lo que exige el ejercicio de la correspondiente acción.

Por otra parte, ese interés legítimo se justifica también en la necesidad de eludir el régimen sancionador de las multas coercitivas que impuso la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas de 1985 para los casos de omisión de la inscripción en el Catálogo, como expusimos supra. Con la acción ejercitada se trata, por tanto, de evitar la incertidumbre sobre la existencia y el alcance concreto del citado derecho de aprovechamiento de aguas privadas, y así evitar el temor fundado de perjuicios futuros por la imposición de multas o la adjudicación de concesiones a terceros sobre esos recursos hidráulicos, con lesión de los derechos del titular.

5.- La recurrente sostiene que se trata de una acción constitutiva y de condena. Lo primero al afirmar que tiene por finalidad configurar un derecho nuevo y dotarle de contenido material, fijando sus límites físicos y jurídicos en auténtica contradicción con el ejercicio de las correspondientes facultades de gestión de dominio público que sobre dichas aguas subterráneas ostenta la Confederación Hidrográfica del Duero. Alega que la sentencia impugnada declara el reconocimiento de un derecho limitativo del dominio público hidráulico constituyéndolo por primera vez con unas determinadas características y límites de caudal, volumen de agua y superficie a regar, es decir, «instituye *ex novo* un derecho que realmente limita el dominio del Estado sobre el dominio público hidráulico».

Con ello la recurrente desconoce el régimen jurídico resultante de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas de 1985 (y de su texto refundido de 20 de julio de 2001), expuesto ampliamente más arriba. Como hemos dicho, si bien es cierto que la Ley de Aguas de 1985 optó por la demanialización de todas las aguas continentales (arts. 1.2 y 2), al mismo tiempo que entraban en vigor estas normas, lo hacían también las disposiciones transitorias segunda y tercera que impusieron un régimen de respeto íntegro de los derechos previamente adquiridos conforme a lo dispuesto en los arts. 407 y ss del Código civil y en la Ley de Aguas de 1879 (sin perjuicio de los límites en materia de sobreexplotación de acuíferos, usos del agua en casos de sequía grave o urgente necesidad y demás limitaciones del uso del dominio público hidráulico, ex apartado 4º D.T. 3.ª).

(...) 9.- Tampoco puede prosperar la tesis de la recurrente de que la acción ejercitada es de condena porque en la demanda se solicita la declaración de la obligación de la Confederación Hidrográfica del Duero de inscribir la titularidad del demandante sobre el aprovechamiento de aguas en el Catálogo de Aguas Privadas. Esa inscripción no constituye una «prestación» que se imponga por la fuerza o *imperium* de una declaración de condena de la sentencia, sino una actuación obligada por parte de la Administración hidráulica una vez tiene conocimiento de la existencia y características del aprovechamiento.

Como ha declarado este Tribunal Supremo en las sentencias de la Sala Tercera antes reseñadas, la inscripción en el Catálogo responde a un interés general, lo que justifica la imposición de multas coercitivas para el caso de que no se declaren los correspondientes aprovechamientos, dada la función de constatación y control

que al Catálogo le corresponde, por lo que es la Administración la principal interesada en proceder a su inscripción. Dicho en otros términos, la Confederación Hidrográfica demandada debería proceder a esa inscripción incluso sin pronunciamiento alguno de la sentencia declarativa del derecho al aprovechamiento, pues esta sentencia no puede tener menor virtualidad que la que corresponde a una simple declaración del interesado, con acreditación y demás características del aprovechamiento (disposición adicional cuarta, apartado 2, de la Ley de Aguas de 1985). La disposición transitoria segunda de la Ley 10/2001 impone a la Administración hidráulica, como obligación legal, el deber de incluir el aprovechamiento en el Catálogo una vez que tiene «previo conocimiento de sus características y aforo». Conocimiento que en este caso es fruto de no de una simple declaración del interesado, sino de una sentencia dictada en un procedimiento judicial en que ha sido parte.

(...) «Responde la expuesta doctrina a la elemental consideración de que, mientras el demandante sea portador de un interés legítimo —exigencia cuya importancia destacan las sentencias 667/1997, de 18 de julio, 64/1999, de 5 de febrero, y 661/2005, de 19 de julio, entre otras— y resulte ser el propietario, estará legitimado para reclamar la declaración judicial de su derecho. Del propio modo que una pretensión de tal contenido debería ser desestimada si es que el demandante nunca fue dueño o hubiera dejado de serlo.

«Es más, la acción declarativa de un derecho constituye la proyección procesal de la facultad de su titular de defenderlo, dotándole de certeza, de modo que sigue la suerte del mismo— lo que, en esta materia, se expresa con el brocárdico «*in facultatibus non datur praescriptio*» (las facultades no prescriben).

«Argumento, el último, tanto más atendible si el derecho defendido es el de propiedad, pues su contenido —sometido a límites y, eventualmente, a limitaciones—, pese a que está considerado modernamente como abstracto y elástico, aparece definido en el artículo 348 del Código Civil como una suma de facultades —cuya enumeración hay que entender integrada por la jurisprudencia, en los términos a que nos hemos referido respecto de la acción declarativa —».

Por tanto, no estamos en presencia de una sentencia constitutiva, pues en esta modalidad de sentencias sus pronunciamientos no se limitan a declarar «la existencia de una situación jurídica anterior en los términos en que preexistiera en la realidad extraprocesal, sino que crean, modifican o extinguen la situación jurídica misma a que se refieren (...) se trata del nacimiento de una situación jurídica nueva que no preexistía a la propia sentencia, una vez firme, sino que se genera por el *imperium* propio de la sentencia» (sentencia 153/2020, de 5 de marzo).

— O la STS 708/2019, Sala civil, de 5 de marzo,

que con apoyo en la STS 303/2016, de 9 de mayo, se pronunciaba en sentido similar:

«2.— Como recordamos en la sentencia 303/2016, de 9 de mayo, la jurisprudencia de esta sala ha admitido la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho, sin pronunciamiento condenatorio alguno, porque así considere restituida la paz jurídica o porque el pronunciamiento declarativo pre-

tenda hacerlo valer prejudicialmente en otro proceso en que pretenda la condena (sentencias 985/1994, de 8 de noviembre; 667/1997, de 18 de julio; y 540/2012, de 19 de noviembre). No obstante, el ámbito de estas acciones es restringido, pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica. Asimismo, toda acción declarativa ha de responder a la exigencia de un interés legítimo en quien la ejercita (sentencias 64/1999, de 5 de febrero, y 661/2005, de 19 de julio, entre otras). La sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre de 1992, proclama al respecto que: «La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa».

Su viabilidad está, por lo tanto, condicionada a que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, o, dicho de otra forma, por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado.

3.— En este caso, la acción ejercitada por la demandante para que se declarase la condición de administradora de hecho de la Sra. Eloísa no era propiamente una acción meramente declarativa, sino simplemente un presupuesto lógico de las pretensiones auténticamente ejercitadas en el suplico, que eran la del cese en la administración de las sociedades del grupo Amado y la condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados por su actuación antijurídica. En consecuencia, no era necesario que este pronunciamiento figurase expresamente en el fallo».

Ni que decir tiene que las resoluciones transcritas abordan únicamente la temática de la declaración positiva. Desde luego, son mayoría en el *usus fori*. Pese a ello, parecen dar por supuesto la admisibilidad de la negativa. Probablemente, con pronunciamientos genéricos, demasiados generales: «La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica» (SSTS 708/2019, de 5 de marzo, o 1715/2022, de 27 de abril). Pero, en cualquier caso, partiendo de una misma cobertura que incluiría exigir los presupuestos de admisibilidad ya examinados y que vienen definiéndose desde situaciones de incertidumbre y contemplando esencialmente la presencia de un interés legítimo, de una necesidad especial de tutela⁶.

(ii) Con todo y aunque la interposición de demandas ejercitando acciones de declaración negativa sea infrecuente, algunos ejemplos recientes se encuentran en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial.

6. Volveremos después sobre ello, mientras tanto y para advertir de sus diversas facetas JUAN SÁNCHEZ, R., «El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 10, 2011, págs. 215-250.

— *Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 504/2020, de 16 de abril,*

donde la pretensión interpuesta consistía en que se declarara que el actor no era arrendatario en el contrato de esa naturaleza concertado sobre un local de negocios, sino que tal cualidad la ostentaba la parte demandada en las actuaciones y ello en virtud de un contrato de «cesión» celebrado con fecha 1 de septiembre de 2010 entre el primero y la segunda:

«En primer lugar, la expresada acción es de naturaleza declarativa, esto es, aquellas que según la doctrina se plantean para afirmar la existencia, inexistencia o modo de ser de un determinado derecho o relación jurídica. Tales acciones se caracterizan porque se agotan con la simple declaración, no aspiran a crear un título ejecutivo y la sentencia que se dicte, aun siendo favorable al actor, no es susceptible de ejecución forzosa en sentido propio. Sin embargo, le sirven para hacer valer lo declarado con autoridad de cosa juzgada en otros procedimientos, como viene a establecer el artículo 222.4 de la LEC. Más en particular, la aquí deducida por el actor es una acción declarativa negativa, esto es, planteada con el fin de que se proclamara la inexistencia de un derecho o cualidad afirmada frente a él. La doctrina también resalta con relación a este tipo de acciones la importancia de que se evidencie (y, en su caso, acredite) la existencia de un interés legítimo en obtener la tutela (declaración) interesada. Pues bien, en el caso que nos ocupa tal interés era manifiesto: tras el aludido procedimiento de desahucio que el Sr. Lázaro promovió contra el ahora actor, el primero solicitó la ejecución del Decreto con que se le puso término, despachándose aquélla, dando lugar a la ejecución número 562/2012, en la que el primero pretendía la recuperación de la posesión del local en su día dado en arrendamiento y el cobro por vía de apremio de las cantidades debidas en concepto de rentas. En este último procedimiento se dictó auto con fecha 2 de abril de 2013 en el que se desestimó el derecho de su entonces ocupante Verónica a poseer el inmueble, al considerarse insuficiente el documento analizado en el precedente fundamento jurídico y en el tercero de la sentencia apelada. Lo que venía a significar que en esa ejecución se seguía considerando arrendatario al Sr. José Ignacio, con las condignas consecuencias perjudiciales para su patrimonio. Es claro, por ello, que éste tenía interés en plantear nuevamente la cuestión en un ulterior procedimiento declarativo, derecho que de forma expresa le reconocía ese mismo auto al amparo de lo previsto en el artículo 675.4 de la LEC.

Por lo tanto, para el ejercicio de una acción mero declarativa como la que constituye objeto del procedimiento no era preciso ser parte en el contrato locatício. Aún al contrario, sólo tiene sentido deducir esta acción por quien no se considera parte del mismo, pero fue tenido por tal en un procedimiento anterior (eso sí, sin efectos de cosa juzgada). Ítem más, la legitimación debe analizarse en concreta relación con la naturaleza de la acción ejercitada (en este sentido, SAP Guipúzcoa, sección tercera, de 23-3-2015), como hemos dicho, de índole declarativa-negativa, que debe reconocerse al aquí apelado al haber sido considerado legitimado pasivamente en aquel procedimiento de desahucio, que carece de efectos de cosa juzgada (art. 447.2 LEC, invocado en la resolución de instancia).

— *O la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid 193/2015, de 3 de septiembre,*

dictada en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal y donde en la demanda presentada se ejercitaban, entre otras acciones, las relativas a que se declarara que el mensaje publicitario incluido en el embalaje de un producto constituye un mensaje publicitario que no infringe los arts. 5 y 9 de la LCD; y a que se declarara, también en relación con otro mensaje «incluido en el embalaje del producto», que éste constituye un acto de publicidad comparativa lícita que no infringe el art. 10 de la LCD:

«A.— A los fines de concretar el ámbito válido de las pretensiones formuladas por la demandante inicial y reconvenicional, afirma la mercantil PROCTER que las pretensiones a) y b) del suplico de la demanda inicial formulada por ENERGIZER no encuentran encaje en el art. 32 L.C.D. y en la enumeración de acciones específicas del ámbito tuitivo competencial, siendo que la única finalidad de tales declaraciones negativas de deslealtad tiene por finalidad el paralizar el procedimiento seguido ante el Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL relativo a los mismos mensajes ahora analizados, impidiendo así un pronunciamiento contrario a las tesis sostenidas por la actora-reconvenida.

B.— El art. 32 L.C.D., en redacción recibida por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, bajo la rúbrica de «Acciones» afirma taxativamente que «... 1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1.^a Acción declarativa de deslealtad. 2.^a Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. 3.^a Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. 4.^a Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5.^a Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. 6.^a Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. 2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.^a a 4.^a, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora... ».

Asiste, por tanto la razón a la demandada-reconviniente en cuanto afirma que tales acciones declarativas tendentes a afirmar la licitud [-mejor, no ilicitud-] de una determinada conducta, no encuentran encaje en el citado precepto; pero estima este Tribunal que la interpretación del alcance de las acciones admisibles en materia competencial desleal debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el art. 24 C.E. y art. 5 L.E.Civil.

C.— Siguiendo a la mejor doctrina procesalista puede afirmarse que la acción declarativa encuentra encaje en los amplios términos constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva siempre que la soporte un interés legítimo, señalando en tal sentido la Sentencia nº 210/1992, del Tribunal Constitucional, de 30.11.2009, que «... La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela

jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de manera no arbitraria ni irrazonable afirme la inexistencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva...»; siendo una acción admitida pacíficamente, tanto en su vertiente activa como pasiva o negativa, desde las añejas sentencias del Tribunal Supremo, de 21.2.1944, de 22.9.1044 y de 31.10.1952, entre otras, y ello a pesar de la ausencia legal expresa que admita las acciones mero declarativas negativas en la legislación procesal civil, sí encontrándose expresamente admitida en el ámbito de la protección de las invenciones [art. 127 L.Pat.] y, por remisión, marcarias [D.A.1^a L.M.]

D.— Es importante resaltar que la tutela judicial mero declarativa negativa precisa de una previa presencia de incertidumbre jurídica [-inseguridad y vacilación que debe ser apreciada objetivamente-] respecto a la conformidad de un acto, negocio o relación jurídica con el ordenamiento jurídico; de tal modo que en evitación de dicha incertidumbre se solicita del tribunal dos cuestiones: (i) una primera, que aprecie y estime la concurrencia de la existencia o inexistencia de dicho acto, negocio o relación jurídica, y (ii) una segunda, por la que declare que dicho acto, negocio jurídico o relación no es contraria a Derecho.

Surge de ello un importante dato que debe permanecer visible en el examen de tales pretensiones, cual es que la acción declarativa negativa no puede confundirse con el derecho subjetivo ni con las facultades resultantes del mismo, en cuanto su ejercicio no supone la invocación y ejercicio de un poder o facultad subjetiva concreta, sino que lo accionado es el poder general de pretender de los órganos judiciales que algo que ya existe [-acto, negocio o relación jurídica-] es conforme a la Ley.

Ello conlleva una esencial consecuencia que tampoco puede perderse de vista, cual es la inversión procesal de las partes procesales en procesos por conductas concurrenciales desleales, en cuanto no es el perjudicado o competidor dañado quien pretensiona contra el presunto responsable civil, sino que es éste quien se adelanta a una posible acción declarativa y de condena solicitando de los tribunales que declaren que su conducta concurrencial es ajustada al derecho regulador de los mercados y de la competencia; y tal adelanto frente a la acción de responsabilidad por el perjudicado o dañado no siempre puede ir acompañada de fines lícitos y admisibles, siendo constante en la doctrina la referencia al posible ejercicio de acciones mero declarativas negativas tendentes a paralizar o entorpecer [—por el efecto de la litispendencia, en cuanto la declarativa negativa descansa en iguales presupuestos que la acción de responsabilidad—] posibles acciones de responsabilidad extracontractual por competencia desleal contra aquel.

Precisamente por ello debe afirmarse que es carga procesal de quien ejercita la acción mero declarativa negativa el acreditar y probar la realidad del hecho, del acto y de la conducta concurrencial [—en nuestro caso, publicitaria—] y acreditar que es ajustada a Derecho, con exclusión de la norma de valoración de la carga probatoria y sus consecuencias dispuesta en el art. 217.4 L.E.Civil; y ello so pena de permitir que el demandado y presunto titular del daño indemnizable no sólo vea paralizara su acción de reclamación contra el presunto responsable demandante, sino que además se vea obligado a acreditar y probar la ilicitud de las conductas presuntamente concurrenciales.

E.— Haciendo aplicación de tales razonamientos a la presente causa resulta acreditado documentalmente [-doc. nº 3 de la demanda-], y así lo admite la demanda-reconviniente de modo pacífico, que ésta inició procedimiento IMPREX EUROPE, S.L. en cuanto distribuidor en España de las máquinas de afeitar para hombre fabricadas y comercializadas por ENERGIZER, a las que se incorporan los mensajes «Afeita mejor de Mach3» [— Hydro3 —] y «El mejor afeitado para tu piel» [— Hydro5 —]; conductas y efectos publicitarios que se prolongan de presente [— Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27.9.1999 [ROJ: STS 5817/1999]-]. Probada la existencia de litigio o controversia jurídica objetiva entre las partes respecto a la licitud o ilicitud de la conducta de ENERGIZER al incorporar al envoltorio de las maquinillas citadas los referidos mensajes, debe sostenerse la presencia de un interés legítimo en la parte demandante en la obtención de un pronunciamiento judicial razonado sobre tal cuestión, sea cual fuera su contenido; interés legítimo y acción que encuentra su reverso en la pretensión declarativa de ilicitud formulada por la reconviniente; y que, como es lógico y coherente, deberán ser examinadas de modo conjunto respecto a cada mensaje publicitario».

(iii) A tenor de los pronunciamientos transcritos, tanto generales como específicos, no cabe dudar de que la proscripción automática de esta modalidad de tutela de declaración negativa sigue sin contemplarse como opción posible. La jurisprudencia actual, como ya avanzamos, ratifica, la mayor parte de las veces sin demasiadas explicaciones, esa admisibilidad proclamada y sujeta a condición.

Ello significa, o puede significar, que el tenor literal del artículo 5 de la LEC unido al criterio de legalidad procesal contenido en el artículo 9 de ese mismo cuerpo legal continúa sin considerarse obstáculo suficiente para entender inadmisibles las acciones de declaración negativa. En realidad, ni siquiera esta hermenéutica termina siendo objeto de análisis, acaso porque la propia Ley de Enjuiciamiento Civil permite verificar, no ya la previsión expresa de tutelas declarativas negativas —que entrarían en cuanto típicas dentro de la norma de cierre—, sino la referencia implícita, con ocasión de la regulación de cuestiones diversas, a solicitudes de tal naturaleza. Sin ánimo de exhaustividad pueden mencionarse las demandas «que afecten a la validez, nulidad o eficacia del título de dominio, así como a la existencia o extensión del dominio mismo», o las «relativas a la existencia, inexistencia, validez o eficacia de un derecho real de garantía» o «de un título obligacional» (recogidas en el art. 251 sobre la determinación de la cuantía del pleito). Y lo anterior sin desdeñar todo el amplio ámbito que se abre, para quienes las otorgan esta naturaleza⁷, con las peticiones de «nulidad» de matrimonio, acuerdos sociales, contra-

7. Al respecto GIMENO SENDRA, V., *Proceso Civil Práctico*, dirección él mismo, I, Madrid 2001, p. 42, diferenciándolas de las de anulabilidad (constitutivas) por sus efectos *ex tunc*, considera que son encuadrables entre las declarativas negativas. También en el ámbito específico del Derecho de patentes, CUCARELLA GALIANA, L., *El proceso civil en materia de patentes*, Granada 1999, pp. 197-212, califica así a la acción de nulidad de patente, la de anulabilidad, sin embargo, la considera constitutiva.

Véase además en la esfera de actuación del máximo intérprete de la Constitución, y entre otros, FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El Tribunal Constitucional español como legislador positivo», en *Pensamiento Constitucional*, Año XV nº 15, pp. 127-192, para quien las sentencias declarando la inconstitucionalidad de una norma se integran en la categoría de sentencias *di mero accertamento*, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3063/2910/>.

tos..., que se formulen, bien de forma principal —inicial o reconvencional—, bien en ambos casos como cuestión lógica de una pretensión diferente.

1.3. Y de nuevo el artículo 24.1 De la ce (y los artículos 47 de la CDFUE y 13 del CEDH)

(i) Se quiera o no, en el desenlace expuesto ha pesado y mucho una doctrina, ya antigua, del Tribunal Constitucional situada en el ámbito del proceso laboral. Sin dificultades de extrapolación al proceso civil, del que en realidad dimana aquél, las sentencias del máximo intérprete de la Constitución se mantienen como apoyo basilar en las decisiones de los tribunales ordinarios sobre la admisibilidad de esta modalidad de acción. Su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva así parece imponerlo.

A esta doctrina nos referimos en su momento. Rescatemos entonces alguno de sus razonamientos toda vez que, salvo error u omisión por mi parte, no se encuentran pronunciamientos más recientes al respecto.

— Comencemos así con el que fue, y sigue siendo en realidad, su punto de partida:

«La libertad del legislador a la hora de determinar las modalidades procesales y los requisitos formales que han de presidir la relación de los ciudadanos con los órganos jurisdiccionales, no puede cuestionarse, salvo cuando la opción legislativa suponga, por la propia naturaleza de las exigencias que impone al ciudadano, erigir un obstáculo real y efectivo para el acceso a la tutela judicial sin una justificación discernible y legítima a la luz de los derechos o valores a los que sirve. Sólo de esta evaluación de la carga impuesta al ciudadano puede deducirse la hipotética transgresión del artículo 24 CE, sin que incumba a este Tribunal valorar la mayor o menor adecuación, conveniencia o actualidad de la norma, pues son estos rasgos que, salvados los límites que se acaban de exponer, sólo al legislador incumbe apreciar» (STC 48/1995, Pleno, de 14 de febrero). Constatación ésta que no le impide proclamar que «el artículo 24.1 de la CE impone que cualquier derecho subjetivo o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de Jueces y Tribunales», y que «la exclusión de las acciones meramente declarativas en el orden jurisdiccional social significaría una injustificada limitación del derecho consagrado en el precepto constitucional».

— Señalemos a continuación que esta premisa late en las distintas resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la materia que nos ocupa y en particular aquella que explica el repudio de la mera declaración como injustificada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde la primera, STC 39/1984, Sala 1ª, de 20 de marzo, aunque lo fue desestimatoria de los amparos planteados y acumulados, pero no por inadmisibilidad de la acción, sino por no concurrir los presupuestos exigidos para su accionabilidad. Pasando por la STC 71/1991, Sala 2ª, de 8 de abril, donde se avala con mayor rotundidad que «es evidente que no puede ponerse en duda la admisibilidad de las acciones declarativas en el proceso laboral. Es cierto que el artículo 71.4 de la Ley de Procedimiento laboral de 1980 —aplicable al proceso que da lugar a este amparo—, afirma que en la súplica de la demanda se solicitará que sea condenado el demandado o demandados a la entrega de la cantidad que se considere exigible... o a la ejecución o abstención de actos o hechos determinados, sin embargo, este requisito de la liquidez, propio de la Sentencia de condena, no permite sin más llevar a la conclusión de que la ley sólo admite pretensiones de condena en el proceso laboral. Dado que el artículo 24.1 CE impone que cualquier interés legítimo obtenga tutela judicial efectiva, es claro que el citado precepto no puede ser interpretado como excluyente en todo caso de las acciones declarativas, de modo que un interés legítimo quede sin tutela judicial». Y terminando por las SSTC 210/1992, Sala 1ª, de 30 de noviembre, y 65/1995, Sala 2ª, de 8 de mayo, donde, refiriéndose respectivamente a demandas relativas al derecho de integración en plantilla por prestamismo laboral y a la declaración de la naturaleza laboral del contrato que unía a la actora como profesora asociada con la universidad, se concluye con remisión —aunque mencionándose que la nueva Ley de Procedimiento Laboral «zanja de forma clara esta cuestión *pro futuro*»⁸— a sus primeras declaraciones en contra de esa injustificada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE; limitación que supondría la reprobación de las acciones de mera declaración en el ámbito de este proceso.

— Y sobre todo advirtamos, con la STC 210/1992 antes mencionada, que negar la proscripción de esta modalidad de tutela «no supone su admisibilidad incondicionada. Ya señalamos en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1991, y debemos reiterar ahora, que la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de manera no arbitraria ni irrazonable afirme la inexis-

8. Sobre ella, MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, con IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.Mª, SAMPEDRO CORRAL, M., I, Madrid 1993, pp. 544-547.

tencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva».

Desde estos pronunciamientos queda claro que para el Tribunal Constitucional el silencio del legislador no debe interpretarse como exclusión automática de las modalidades de tutela no expresamente previstas. En particular, tratándose de las acciones de mera declaración en aquellos años de condición atípica. Desde luego, la construcción jurisprudencial fue concluyente al descartar su interdicción generalizada desde el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva. En opinión de sus magistrados, el artículo 24.1 de la CE exigía —y exige— dar respuesta favorable a su reconocimiento, aunque fuera condicionado, dejando, en consecuencia, abierta la posibilidad de recurrir en amparo ante el máximo intérprete de la Norma Fundamental por vulneración del artículo 24 de la misma.

(ii) Al hilo de lo anterior, no puede desconocerse que la tesis de nuestro máximo intérprete de la Constitución se ha visto refrendada desde la jurisprudencia europea, tanto en el ámbito del Tribunal de Justicia y al interpretar el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos que emanan de la Unión Europea (art. 47 CDFUE), como en la esfera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al aplicar el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional para hacer valer los derechos y libertades fundamentales recogidos en el Convenio de Roma (art. 13 CEDH).

En ambos casos, se explica que los derechos en uno y otro texto recogidos no requieren ofrecer una forma específica de «recurso», sino que éste sea «eficaz tanto de hecho como de derecho» (STEDH de 21 de enero de 2011, asunto M.S.S. contra Bélgica y Grecia, n.º 30696/09, apdo. 288). Obviamente, ello se traduce en que «el vehículo procesal ha de ser capaz de obtener la reparación de las reclamaciones del demandante⁹.

— Añadiéndose en el espacio del Convenio que, si bien un Estado puede imponer restricciones razonables al derecho a un recurso efectivo para garantizar la buena administración de justicia, las dudas sobre el funcionamiento efectivo de un recurso legal de reciente creación no deberían impedir que una persona trate de utilizarlo facilitando incluso su retroactividad.

— Y completándose en el ámbito de la Unión Europea con dos últimas ideas:

9. En este sentido, *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, elaborado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, 2016, pp. 101-112, en https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SPA, pp. 101-112.

La primera, que, si «los Estados miembros están obligados a proporcionar recursos suficientes para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos», es por influencia de «los principios de efectividad y equivalencia. El principio de efectividad exige que el Derecho nacional no haga imposible o excesivamente difícil hacer valer los derechos recogidos en el Derecho de la UE. El principio de equivalencia exige que las condiciones relativas a las reivindicaciones que emanan del Derecho de la UE no sean menos favorables que las relativas a acciones similares de ámbito nacional».

Y la segunda, «que en el marco del Derecho de la UE, los Estados miembros están legalmente obligados a establecer vías de recurso judicial y procedimientos que garanticen que se cumpla el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el Derecho de la UE. Este se vería quebrantado por disposiciones legales o prácticas judiciales nacionales que vayan en menoscabo de la efectividad del Derecho de la UE. El cumplimiento del principio de efectividad por parte de una disposición nacional «debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales». Había que tomar en consideración la posición de las partes y las circunstancias del caso para determinar si no existía una protección efectiva».

(iii) Naturalmente, y sirva de conclusión, la aparición en escena de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, refuerza aquella *communis opinio* favorable en nuestro país a la admisibilidad, condicionada sin duda, de la tutela de mera declaración negativa.

En realidad, la atipicidad de la acción deja de ser argumento bastante para rechazar el acceso al proceso de esta modalidad de actividad jurisdiccional con la que se pretende proteger al actor ante situaciones de incertidumbre, objetiva y actual, causantes de un perjuicio tal que sólo la cosa juzgada del pronunciamiento judicial pueda solventar. El derecho a la tutela judicial efectiva prevalece, imponiéndose, como no podía ser de otra manera, a los designios del legislador, a sus silencios y, claro es, a las interpretaciones restrictivas del acceso a la justicia.

2. Un obstáculo que no lo es tanto: la inversión de roles y la problemática probatoria

2.1. Aceptación de la singularidad procesal. La previsión legal del *exequatur* negativo

(i) Es evidente que la acción declarativa negativa presenta una peculiaridad incontestable respecto de las modalidades de tutela en general y la positiva en

particular: quien toma la iniciativa, quien ejercita la acción es el potencial demandado, lo que se traduce en que las posiciones de las partes en el proceso se invierten. Demanda quien podría ser demandado como incumplidor de una relación jurídica, infractor de un derecho, o responsable de un daño y lo hace, precisamente, para que se declare que no lo es, adelantándose con ello a que pudiera iniciarse un proceso en su contra con consecuencias diversas de todas intuidas, baste pensar en temas de litispendencia, preclusión y cosa juzgada e incluso medidas cautelares.

Esta inversión de roles genera sin duda suspicacias. A alguna de ellas nos referiremos a continuación, pero de entrada conviene advertir que un cambio tal en las posiciones procesales de las partes, respecto a su situación digamos material, no es elemento bastante para colegir su inadmisibilidad. No lo ha sido en España, y la prueba la encontramos en la aproximación jurisprudencial y doctrinal realizada. Y no lo ha sido tampoco en los países que expresa o implícitamente reconocen la posibilidad de accionar mediante la mera declaración negativa. Incluso en aquellos más reticentes a su admisión, la alteración de roles en sí misma considerada no ha llegado a generar controversia o, al menos no tanto, como la que rodea a la carga de la prueba en este tipo de procesos¹⁰. Además, aunque sean voces minoritarias que se manifiestan en un escenario muy concreto, normas competenciales concurrentes, se dirá que «el hecho de que el potencial demandado tome la iniciativa procesal convirtiéndose en demandante al plantear una acción declarativa negativa, se ha visto como un mecanismo que garantiza la igualdad de armas procesales al permitirle escoger un foro que, de otro modo, no podría conseguir»¹¹.

(ii) Volviendo a nuestro ordenamiento, es cierto, en efecto, que la inversión de posiciones procesales no ha preocupado al legislador, tampoco al juzgador.

Buena muestra de ello es el artículo 42 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil donde, tras señalar en su apartado 1 que «el procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución se denominará procedimiento de exequátur», se dispone en su apar-

10. En Italia, por ejemplo, es tema recurrente. Por todas, Sentencia de la Corte di Cassazione, sez. I Civile, n.º. 9201/15, de 25 de marzo (depositada el 7 mayo) y su comentario, entre otros, TARANTINO, G., «Azione di accertamento negativo: all'attore la prova dell'insussistenza del debito rivendicato», en <https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6134>.

11. Así RODRÍGUEZ PINEAU, E., «Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el Asunto C-133/11, Folien Fischer AG Fofitec AG c. Ritrama Spa», en *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 47, Julio-Septiembre 2013, pp. 131 y en referencia al pensamiento de VONMEHREN, A., «The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs: Herein of Declaratory Judgments, Forum Shopping and Litis Pendens», en *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Mohr Siebeck, 1998, pp. 409-414.

tado 2 que «el mismo procedimiento se podrá utilizar para declarar que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 46»¹².

La tipicidad de la declarativa negativa allí recogida presupone, pues, la intrascendencia, a estos efectos al menos, de los roles procesalmente invertidos. Nada importa que en actor se constituya quien ocuparía la posición de demandado en una solicitud positiva de *exequatur*, esto es, de homologación de la resolución extranjera, interesada bien de forma autónoma en otro proceso, bien en el mismo y a través del cauce de la reconvencción.

Y en gran medida es razonable. Si bien se mira, tanto allí como aquí las alegaciones a realizar y probar serán las mismas e igualmente en una y otra posición procesal se afrontará de forma pareja la aplicación de las reglas de la carga de la prueba. No se olvide que en ambos casos el actual actor y posible demandado tendrá que afirmar y acreditar que la resolución judicial en cuestión no se puede reconocer por alguna de las causas legalmente establecidas: a) ser contraria al orden público; b) haberse dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse; c) haberse pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española; d) resultar inconciliable con una resolución dictada en España; e) resultar inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones

12. Sobre ello, CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia 2022, definiendo la acción allí recogida como aquella que tiene por objeto «que se declare, a título principal y con efectos erga omnes, que una resolución extranjera no puede ser reconocida en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 46 LCJIMC», p. 971. De estos mismos autores puede verse el comentario al artículo 42 de la LCJI, en *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, dirección [Fernández Tresguerres García, A.](#), Barcelona 2017, pp. 373-376. Véase también GARAU SOBRINO, F., en *Comentarios a la ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, directores [Méndez González, F. P.](#), y Palao Moreno, G., Valencia 2017, pp. 474-491. Asimismo, DE LOS SANTOS LAGO, C., y ROSENDE VILLAR, C., «El exequátur en la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional», en *Economist & Jurist*, 2016, pp. 46-53, en https://economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2016/01/6_Internacional.pdf, señalando que el propósito de aquella previsión no es otro que «anticiparse y neutralizar el reconocimiento y ejecución que se pudiera instar por la parte beneficiada por una resolución extranjera».

necesarias para su reconocimiento en España; f) o existir un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero (art. 46 LCJI).

Con todo, ha de revelarse y aceptarse que, pese al carácter típico de esta acción negatoria de *exequatur*, su incidencia práctica ha resultado exigua. Si la inversión de roles puede calificarse de irrelevante a los fines de su previsión legal, no parece que ocurra lo mismo en el plano práctico. De hecho y si atendemos al número de demandas conocidas ejercitando una pretensión tal, la impresión que emerge es la contraria, que estamos ante una especie de limitación insalvable; algo que evidentemente no se puede sostener.

(iii) En cualquier caso y aunque cause extrañeza, el ejemplo del foro que ha trascendido ni siquiera entra en el ámbito de aplicación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Nos referimos al Auto 277/2018, de 7 de noviembre, de la Sala de lo Civil —y Penal— del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, pronunciándose sobre diversas solicitudes de no reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros¹³. Precisamente, la naturaleza de la resolución a homologar, arbitral y no judicial, determina que en su interpretación mayoritaria quede fuera del marco aplicativo de aquella norma (arts. 1 y 46 LCJI). Algo que también sucede con el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aunque aquí sin demasiadas opciones hermenéuticas al excluirse el arbitraje de forma expresa (art. 1.2.d) Reglamento 1215/2012).

Sea como fuera y para situarnos, los antecedentes de esta resolución explican:

— Que por determinadas personas jurídicas, Bascotecnia S.A., Industrias Lagun Artea S.L. e Ingeteam Power Technology S.A., se interpusieron varias

13. Un análisis de esta resolución en TARJUELO POZO, J., y GARCÍA URBANO, J., accesible en [https://kluwerlawonline.com/journalarticle/lurgium+\[previously+Spain+Arbitration+Review\]/49.1/URG2024006](https://kluwerlawonline.com/journalarticle/lurgium+[previously+Spain+Arbitration+Review]/49.1/URG2024006), y publicado como «El exequátur negativo de laudos extranjeros en España», *lurgium. Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, n.º. 49/2024, pp. 85-93.

Anteriormente, puede verse MONTERO MURIEL, F.J., «Seeking non-recognition of an arbitral award and awards rendered untimely», en *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 7/2010, pp. 53-58, pionero en nuestro país en el análisis de la acción de no reconocimiento del laudo. Y también y en momento posterior, aunque sin referencias a aquel Auto, este mismo autor junto con ROMERO PÉREZ-LLORCA, M., en *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review* 2016, llegando a afirmar que «*This situation has been resolved by article 42.2 of the IJCCM Act, which expressly foresees the possibility of requesting the non-recognition of an award. Therefore, if a party is interested in obtaining the non-recognition of an award it may do so directly*» (accesible en <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/es/actualidadPublicaciones/ArticuloJuridico/Documents/151126-gar-the-european-middle-eastern-and-african-arbitration-review-2016.pdf>).

demandas dirigidas a que se declararan no homologables ciertos laudos dictados en el extranjero. Concretamente, «de denegación del reconocimiento del laudo parcial extranjero, dictado en París (Francia), el 29 de septiembre de 2015 (en adelante, Laudo N.º. 2) en el que el Tribunal Arbitral se declara competente para conocer de la demanda arbitral contra dichas sociedades (rechaza excepciones de inadmisibilidad e incompetencia) siendo ello contrario al orden público español, y, demanda de denegación del reconocimiento del laudo parcial arbitral francés de 13 de abril de 2017 (en adelante, Laudo N.º. 4) y de su adenda de 9 de agosto de 2017 (en adelante, Adenda) en el que fija y reparte los gastos y costas en relación con la Fase I del procedimiento de arbitraje (Costas de la Fase I) y que afecta a las partes hoy litigantes, asimismo, por vulneración del orden público interno, arbitraje instado en París por la sociedad argelina Acieries de L'Ouest (en adelante, ADO) contra Bascotecnia Steel S.L. (en adelante, BASCOTECNIA STEEL/Demandada 1 en el arbitraje), Bascotecnia S.A. (en adelante, BASCOTECNIA/Demandada 2 en el arbitraje), Industrias Lagun Artean S.L. (en adelante, LAGUN ARTEA/Demandada 3 en el arbitraje) e Ingeteam Power Technology S.A. (en adelante, INGETEAM/Demandada 4 en el arbitraje), todas ellas domiciliadas en Gipuzkoa (España)».

- Asimismo, que tales demandas fueron admitidas, lo que a juicio del órgano jurisdiccional, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco, supone que se ha garantizado el derecho al proceso ostentado por las sociedades actoras.
- Y, en fin, que «la parte hoy demandada, la sociedad argelina Acieries de L'Ouest (ADO), presentó escrito de oposición a las demandas acumuladas relativas al laudo parcial francés de 29 de septiembre de 2015 (Laudo N.º.2) y a las demandas acumuladas relativas al laudo parcial francés de 13 de abril de 2017 (Laudo N.º.4) y de su adenda de 9 de agosto de 2017 (Adenda), y, demanda reconventional frente a las tres sociedades hoy demandantes (Demandadas 2, 3 y 4 en el arbitraje), en relación con el laudo parcial francés de 13 de abril de 2017 (Laudo N.º.4) y de su adenda de 9 de agosto de 2017 (Adenda), reconvenición que fue contestada —oponiéndose— por las referidas sociedades».

Lógicamente, es en este contexto donde los magistrados integrantes de la sala del justicia se interrogan sobre la posibilidad de interesar la denegación de reconocimiento de un laudo extranjero o, dicho de otra forma, donde se cuestionan si la pretensión recogida en los escritos de demanda solicitando que se rechace el *exequatur*, al contradecir la decisión arbitral el orden público interno, es o no posible instarla. Revelemos entonces que la respuesta, en la que no parece importar la inversión de roles, fue positiva, y no precisamente por la tipicidad de la acción negativa. En cambio, la resolución de fondo, paso si-

guiente de la decisión, terminó desestimando las distintas demandas y la propia reconvencción.

(iv) Pues bien, para resolver la primera cuestión, previa insistimos a decidir el objeto del proceso, el Auto 277/2018, de 7 de noviembre, acude a la regulación aplicable al *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros. Una regulación que se encuentra en el Título IX de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, cuyo artículo único, el 46, en este tema guarda silencio para remitirse al «Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros».

Con base en este régimen legal, se concluye por el Tribunal Superior de Justicia:

— Primero, aunque no en el orden argumentativo de la resolución, rechazando la aplicación del citado artículo 42 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional:

Se dirá que a la admisibilidad de una demanda de no reconocimiento de laudo extranjero «se llega sobre la base del CNY como norma general aplicable y rectora del *exequátur* de laudos extranjeros, y no —como sostiene la parte demandante— de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

En efecto —dando debida contestación a las alegaciones de las partes—, dejábamos recogido que, el artículo 46 LA, reconocido como norma especial de aplicación preferente por la Disposición Primera de la LCJI, en su numeral 2 especifica la concreción del régimen jurídico para el reconocimiento y ejecución de los laudos foráneos en nuestro país, rigiéndose el *exequátur* de laudos extranjeros por el CNY y sustanciándose según las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia fuera invocada.

En el caso español, la inexistencia de procedimiento específico en la LA para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales, conlleva su remisión al procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil, procedimiento que se encontraba regulado en los artículos 951 a 958 de la Ley procesal civil de 3 de febrero de 1881 relativos a la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Estos artículos han sido derogados por la Disposición Derogatoria Única de la LCJI, de conformidad con lo previsto en la Disposición Derogatoria Única (1, 3^a) de la LEC 1/2000, quedando el procedimiento por aquellos regulado (artículos

951 a 958) sustituido por el procedimiento judicial de exequátur regulado en el Capítulo IV del Título V, en los artículos 52 a 55 de la LCJI, y no de forma automática, ya que en materia de competencia funcional y de acumulación de la acción ejecutiva a la demanda de reconocimiento, habría de acudirse a otras disposiciones normativas, como la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Arbitraje.

Estas normas (artículos 52 a 55 LCJI) y no otras (artículos 42 y 46 LCJI), son las que en la actualidad sustancian el procedimiento judicial de exequátur y por tanto, el procedimiento para reconocer y ejecutar laudos extranjeros».

— Después, y en atención a la normativa que entendió aplicable, considerando que el Convenio de Nueva York, al que se remite la Ley de Arbitraje, si bien no regula esta figura, tampoco proscribe, directa o indirectamente, su utilización, y ello habida cuenta que, no obstante estar inspirado en el principio *favor recognitiones*, no opta por un reconocimiento automático posibilitando su desaprobarción cuando concurra alguno de los motivos que en la normativa internacional se disponen:

«Sabido es y así lo ha dejado sentado este Tribunal (AA de 19 de abril de 2012 (EXE 5/11) y 17 de mayo de 2012 (EXE 3/12)) —siguiendo la doctrina constitucional (SSTC, entre otras, 54/1989, de 23 de febrero, 132/1991 y 9/2005, de 12 de enero)—, que, la totalidad de los ordenamientos firmantes de la Convención y, por lo tanto, también el nuestro, que se adhirió a la misma, parten de un principio favorable al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera en la mayor medida posible (artículo III CNY), así como del principio de ausencia de revisión en cuanto al fondo, deducible de la imperativa exigencia a los Estados contratantes de reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y conceder su ejecución, que tan sólo se podrá denegar, conforme al art. V, cuando la parte frente a la cual es invocada la resolución arbitral cuyo reconocimiento y ejecución se pretende alegue y pruebe alguna de las causas recogidas en su núm. 1, o, conforme a su número 2, cuando el Tribunal del exequátur compruebe que, según la legislación de su propio país, la resolución se refiere a materia no considerada arbitrable o que dicho reconocimiento o ejecución serían contrarios a su orden público. Entresacándose, igualmente, de los arts. IV y V CNY el principio de presunción de legalidad del arbitraje y de veracidad del laudo arbitral al cargar a la parte que se opone al reconocimiento con la prueba de alguna de las causas cuya acreditada concurrencia provocaría, con arreglo a su número 1, que dicho reconocimiento se denegara.

Ahora bien, este principio favorable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros («sentencias arbitrales», en la terminología del Convenio), configurando un sistema de homologación cuyo fundamento se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del convenio de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia del laudo arbitral, no implica, ni conlleva que la Convención articule un sistema de reconocimiento automático (sí lo

contempla el Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (artículo 36.1), excluyendo, expresamente, del ámbito de su aplicación, el arbitraje (artículo 1.2.d))), ya que el mismo cede cuando se prueba, por la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo, la concurrencia del motivo o motivos previstos en el apartado 1, y, también cede —en lo que ahora interesa— cuando el reconocimiento o ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Es decir, que la Convención no impone, naturalmente, que deban reconocerse de forma automática y sin control alguno los laudos extranjeros, sino que faculta al tribunal en el que se pide ese reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, a su denegación si se prueba a instancia de parte (apartado 1) o comprueba el Tribunal (apartado 2), alguna o algunas de las causales de denegación, las cuales, al estar comprendidas en el artículo V. CNY, necesariamente han de englobar también, el referido principio del *favor recognitionis*, al delimitar el contorno —en el sentido explicado— del procedimiento de homologación, cuyo objeto —insistimos— es confirmar o rechazar en España los efectos de una decisión extranjera.

Por tanto, esta obligación general de cooperación y principio general favorable al desarrollo amplio de la cooperación jurídica internacional, que emana del Derecho Internacional general, no es contrario a la posibilidad de denegación de reconocimiento cuando se cumplan las causales previstas para ello, pues en este caso han de primar los intereses de la ciudadanía en ver asegurados y protegidos sus derechos, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que justifica que se puedan adoptar y mantener ciertas cautelas antes de dar validez a decisiones extranjeras».

— Por último y tras aquel desenlace, coligiendo que la Ley de Arbitraje y la Convención de Nueva York autorizan acudir a esta modalidad de tutela de declaración negativa, pero siempre condicionando su admisión a la presencia de un interés legítimo en quien interpone la acción; interés legítimo que en el supuesto allí juzgado se entendió concurrente:

«Consecuentemente, si la Convención no impone el reconocimiento y prevé la posibilidad de denegarlo cuando se cumplan las causales de denegación, y, no prohíbe la solicitud de no reconocimiento del laudo extranjero, la pretensión de la parte actora sobre la base de su no consentimiento al arbitraje y la ausencia de voluntad a renunciar a la jurisdicción ordinaria, y, pese a ello, el sometimiento al mismo con los perjuicios que les han irrogado, pudiendo considerar como notorios, desde luego, los gastos legales y recursos humanos y económicos para defenderse, justifica, en este caso, su pretensión de denegación del reconocimiento del laudo francés, al poder verse conculcado el derecho de las actoras a la libertad fundamentada en la autonomía de la voluntad de las mismas (artículo 10 CE), al verse sometidas a un arbitraje sin su consentimiento y sin su voluntad de renunciar a la jurisdicción ordinaria, anticipando con esta pretensión de denegación de reconocimiento, sobre la base de un interés sustancial, concreto y definido (interés legítimo), al ser indudable que la decisión del Tribunal arbitral les afecta de forma real y efectiva, anticipando, decíamos, la protección de este derecho constitucio-

nal (necesidad de tutela jurisdiccional), que de otra manera podría no quedar tutelado.

En definitiva y, en el caso concreto analizado, la situación jurídica de gravamen en que se encuentran las demandantes (interés legítimo) es digna de protección y justifica la iniciativa de solicitar una protección anticipada de un derecho que se cree conculcado, mediante una formulación directa apoyándose en las causales de denegación, pues la postura de mera resistencia u oposición a la demanda de reconocimiento, no garantizaría la protección de unos intereses que, por ser legítimos, no estarían suficientemente tutelados si se hiciera depender su defensa, únicamente, de la conducta adoptada por la contraparte.

Así las cosas, y, pese a coincidir con la parte demandada en lo tocante a la inaplicación del artículo 42 LCJI, procede —por lo precedentemente razonado— rechazar los motivos de oposición primero a tercero esgrimidos por la misma para solicitar la desestimación de la demanda relativa al Laudo No.2, así como los motivos de oposición primero y segundo en relación con la demanda de no reconocimiento del Laudo No.4 y su Adenda, y, sin perjuicio de que en esta materia —como en casi todas— sea recomendable huir de afirmaciones radicales, siempre que los jueces y tribunales comprendan las claves de la institución arbitral, como sucede con carácter general en España, la acción de no reconocimiento no parece que sea ningún obstáculo para el desarrollo de un eficaz sistema arbitral».

(v) Desde tales razonamientos, parece claro que el Tribunal Superior de Justicia salva la atipicidad de la acción ejercitada fruto, como vimos y de un lado, de la inaplicabilidad del artículo 42 de la LCJI al *exequatur* de laudos arbitrales y, de otro, del propio régimen dispuesto en la Ley de Arbitraje y en el Convenio de Nueva York que guardan silencio sobre la posibilidad de instar el no reconocimiento de un laudo arbitral extranjero.

Y salva este inconveniente legal entendiendo que no cabe su inadmisión de raíz toda vez que, no estando expresamente relegada por la Convención, el derecho a la tutela judicial efectiva ampara el acceso a la jurisdicción a quien posea un interés legítimo y en esta ocasión los actores eran poseedores.

Desde luego, nada puede objetarse a este razonamiento, avalado que está por aquella jurisprudencia constitucional uniforme antes expuesta.

Ahora bien, difícilmente cabe negar que la filosofía que subyace en el artículo 42 de la LCJI constituye un argumento adicional que conviene no desdeñar a los fines de reforzar, en este caso concreto, aquella hermenéutica¹⁴. La des-

14. A favor se manifiesta ALMOGUERA GARCÍA J., y GÓNGORA OLIVER, A., «Reconocimiento de laudos extranjeros en España: algunas consideraciones procedimentales y de competencia tras la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil a la luz de la más reciente jurisprudencia», en *Anuario de Arbitraje 2018*, Coord. Menéndez Arias, M.J., Madrid 2018, aunque su opción primera pareciera ser la aplicación directa del artículo 42 de la LCJI a los laudos arbitrales y, en su defecto, que dicha norma sirva de inspiración para permitir el no reconocimiento. En esta misma dirección y parece que también inclinándose por la aplicabilidad del

igual tipología de la resolución a homologar, laudo o sentencia, no se traslada a la estructura conformadora del *exequatur*. Existen diferencias, es evidente, pero obsérvese que tampoco aquí la inversión de posiciones procesales frustra que las causales a alegar y probar para defender su pretensión de no reconocimiento o su oposición a la homologación sean las mismas. Recordemos que el artículo V del Convenio de Nueva York, de forma similar al 46 de la Ley de Cooperación, recoge un catálogo de motivos de denegación en esta ocasión con el siguiente tenor: «1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del 10 procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país». Doble e indistinta funcionalidad, por tanto. Porque, se quiera o no, la invocación del motivo de que se trate, que desde luego sería obligada si se pretende obtener una respuesta jurisdiccional favorable, transita con normalidad de

42.2 de la LCJI, GONZÁLEZ-SORIA, J., «El reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros en España», en Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. *Liber Amicorum*, I, Madrid 2024, p. 1040, argumentando que las causas de denegación aplicables a laudos arbitrales son coincidentes con las que rigen para resoluciones judiciales.

causa de pedir de la pretensión a interponer de no reconocimiento a fundamento de una eventual oposición a la solicitud positiva de *exequatur*, y a la inversa

Y quedaría una última advertencia. Insistencia mejor, pues no debe terminarse sin reiterar que nos hallamos ante una admisibilidad condicionada. Se viene proclamando desde antiguo y con carácter general además que sin necesidad de tutela jurídica no existe acción. Y es cierto. Por eso y al margen de lo que posteriormente se pudiera resolver sobre el fondo del asunto, la *res in iudicio deducta* cuya estimación coincidirá con la correcta alegación y prueba de alguna de las causas de denegación, el potencial demandado que decide tomar la iniciativa convirtiéndose en demandante no puede olvidar que, al ejercitar la acción de no reconocimiento, ha de afirmar y acreditar la presencia de un interés legítimo¹⁵. En esta modalidad de tutela, y en contraste con la de condena o incluso con la de declaración positiva de *exequatur*, resulta imposible presuponer su concurrencia. Luego, sin explicar la situación de incertidumbre creada por el dictado del laudo arbitral y su potencial homologación y los perjuicios que por tal motivo se le ocasionan, la acción ejercitada, desde una perspectiva procesal-material se entiende, carecerá de fundamento, lo que originará su rechazo por falta de sus presupuestos constitutivos y a la vez impedirá que se entre a resolver sobre el objeto del proceso propiamente dicho.

2.2. Algunas cuestiones en torno a la carga de la prueba

(i) La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil antes reproducida se hacía eco al analizar la acción negatoria ejercitada no solo de la inversión de las partes procesales en procesos por conductas concurrenciales desleales, sino también de que «precisamente por ello debe afirmarse que es carga procesal de quien ejercita la acción mero declarativa negativa el acreditar y probar la realidad del hecho, del acto y de la conducta concurrencial [—en nuestro caso, publicitaria—] y acreditar que es ajustada a Derecho, con exclusión de la norma de valoración de la carga probatoria y sus consecuencias dispuesta en el art. 217.4 L.E.Civil; y ello so pena de permitir que el demandado y presunto titular del daño indemnizable no sólo vea paralizara su acción de reclamación contra el presunto responsable demandante, sino que además se vea obligado a acreditar y probar la ilicitud de las conductas presuntamente concurrenciales».

15. Y aquí el término acreditar se utiliza como equivalente a probar, aunque somos conscientes de que técnicamente la acreditación en el proceso civil sirve más a los fines de un juicio de verosimilitud que de uno de certeza (*semiplena probatio*).

Con esta afirmación el órgano sentenciador sale al paso de una discusión enmarcada en esta modalidad de tutela de declaración negativa con la que se llegó, incluso y de forma desenfocada adelantemos, a cuestionar su admisibilidad.

En nuestra opinión, sin embargo y al igual que sucedía con aquella inversión de roles, las dificultades probatorias que en determinados casos entraña justificar el fundamento material de una solicitud de esta naturaleza no son razones, ni siquiera insuficientes, para argumentar una prohibición generalizada fuera de los casos típicos admitidos por el legislador.

Ya lo dijimos en su momento:

«Es cierto que las reglas de la carga de la prueba tratándose de pretensiones declarativas positivas no suelen presentar particularidad ni inconveniente alguno y que, al contrario, la justificación de la inexistencia se debate en muchos casos entre la llamada prueba diabólica, que se requeriría al actor, y la exigencia probatoria al demandado. Desdeñarlo sería dar la espalda a la realidad y a un parecer convergente de doctrina y jurisprudencia que surge al constatar la dificultad e incluso inviabilidad de acreditación de muchos de los hechos de naturaleza negativa (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, y 140/1994, de 9 de mayo).

(...) Ahora bien, aun partiendo de lo anterior, es decir, de las dificultades-imposibilidades probatorias de determinados hechos negativos, es igualmente cierto:

— Uno, que a esta situación ya dieron respuesta nuestros órganos jurisdiccionales (por todas STS 59/2002, Sala de lo Civil, de 4 febrero). La flexibilidad antaño proclamada y hoy regulada de las reglas de «distribución» de la carga de la prueba constituye buena muestra de ello. Recuérdese entonces que tal criterio encontró y encuentra fundamento en la propia Norma Fundamental, en cuanto que prohíbe la indefensión, y que el mismo condujo y puede seguir conduciendo tanto a la necesidad de acreditación de los hechos positivos por el demandado, como al requerimiento de prueba de los hechos indicios por parte del demandante¹⁶.

— Dos, que nuestros tribunales continúan, como también hacen los juzgadores de todos aquellos países donde expresa o implícitamente se reconoce la posibilidad de este tipo de tutela, dando similares contestaciones a la problemática que nos ocupa. Recuérdese ahora lo dispuesto en el artículo 217.6 de la LEC —»para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio»— y lo que ha sido su posterior interpretación¹⁷.

16. ASENCIO MELLADO, J.M., *Proceso Civil Práctico*, dirección Gimeno Sendra, V., II, La Ley, Madrid 2001, pp. 169-226 y fundamentalmente p. 181.

17. En los inicios de la LEC la conclusión de los comentaristas en este punto concreto fue, desde luego y salvo error u omisión por mi parte, unánime. Así y además de los citados en las notas anteriores, DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, dirección Lorca Navarrete, A., y coordinación Guilarte Gutiérrez, I, Valladolid 2000, pp. 1420-1426, a quien pertenecen los entrecomillados siguientes; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores, Fernández-Ballesteros

Al respecto, se ha llegado a afirmar que «la operatividad de esta norma debe quedar reducida sólo a aquellos supuestos en los que la aplicación de las reglas generales conduzca a la prueba de un hecho negativo».

— Y tres, que, si bien se mira, una y otra argumentación y conclusión —hoy sobre la base de aquel precepto, pero en todo caso básicamente idéntica a la anterior— afecta tan sólo a la estimación o desestimación de la demanda por motivos de fondo *stricto sensu*. Por consiguiente, la problemática probatoria poco o nada tiene que ver con una hipotética absolución procesal-material por improcedencia de la clase de acción ejercitada y poco o nada tiene que ver con su admisibilidad por el ordenamiento jurídico¹⁸.

(...) Reparemos entonces que si el miedo es a que contestaciones genéricas inunden los juzgados, la solución viene por establecer límites específicos, no por disponer su prohibición. Tal entendimiento cuando menos sería preocupante: ocasiones existirán en que los derechos e intereses legítimos sólo puedan tutelarse por los tribunales mediante la mera declaración negativa¹⁹. Por eso no es de extrañar que cuando la doctrina se plantea los supuestos en que resulta abonado el ejercicio de la acción declarativa aluda, y la cursiva es nuestra: «a) Cuando el actor necesita dotar de certeza a aquellas relaciones jurídicas cuyos contornos aparezcan pocos claros, o que sean claramente controvertidas. b) Si el actor no puede ejercitar una acción de condena. c) Cuando convenga al actor que se declare la existencia de un derecho o de una relación jurídica de las que se deriva la obligación de realizar prestaciones futuras y periódicas (...). d) *Cuando precise el actor que se declare la inexistencia de un derecho frente a él afirmado, o de una relación jurídica de la que resulta obligado (acciones declarativas negativas; v.g. que no existe un derecho de usufructo sobre una finca del actor; que una relación jurídica que existió ha quedado extinguida etcétera)*»²⁰.

López, M.A., Rifá Solé, J.M. y Valls Gombau, J.F., I, Barcelona 2000, pp. 821-829; FERNÁNDEZ SEJO, J.M.^a, *El proceso civil*, coordinador Escribano Mora, F., IV, Valencia 2001, pp. 1590-1607; y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinación ella misma, Armenta Deu, T., Córdón Moreno, F., y Muerza Esparza, J., I, Cizur-Menor (Navarra) 2001, pp. 784-789.

18. Clarificadora en este sentido fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 24/2005 (Sección 12^a), de 5 octubre respecto a una pretensión de la actora encaminada a la declaración de inexistencia de relaciones comerciales con la demandada, y a la negación de su condición de deudora sobre la suma reclamada por quien ahora es demandada y en la que se aplican las reglas de la carga de la prueba sin cuestionar la viabilidad, o mejor partiendo expresamente de ella, de las acciones mero declarativas negativas: «Como pone de relieve la sentencia, resulta atípico el contenido de la pretensión del demandante, más no por ello, ha de desconocerse la existencia y reconocimiento en nuestro derecho de sentencias declarativas, de modo que como enseña la doctrina, la pretensión declarativa se resuelve en la simple declaración del derecho sin otros efectos distintos que los de la mera declaración, por si misma inejecutable salvo los supuestos de ejecución impropia por inscripción en registros públicos. Lo que ocurre es que en este caso, la prueba aportada por la contraria, a los efectos de este procedimiento y sin que ello prejuzgue sobre eventuales y futuras reclamaciones, evidencian la existencia de relaciones entre las partes, cuyo alcance no es dable examinar ahora, pero que ponen de relieve al contrario de lo que categóricamente se afirma en la demanda, que al menos contactos ha habido entre ellas, lo que hace que deba mantenerse el criterio del juzgador de primera instancia» (BD, marginal JUR 2005/252483).

19. PROTO PISANI, A., «*Appunti sulla tutela di mero accertamento*», *RTD Processuale* 1979, p. 661, cuya opinión, que compartimos, se refleja en el tratamiento de esta cuestión.

20. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. p. 113.

(ii) A nuestro juicio, las observaciones precedentes ponen de manifiesto el error que supone anudar las dificultades probatorias de la inexistencia a la admisión o inadmisión de esta modalidad de tutela. También revelan que tales inconvenientes —situados, ahora sí, en su propia problemática— tienen solución, permitiendo finalmente al juzgador eludir el *non liquet* y dictar una sentencia *di merito* estimatoria o desestimatoria de la demanda. La solución apuntada, sin embargo, es quizá demasiado general a los efectos de concluir sobre el concreto «reparto» de la carga de la prueba tratándose de la decisión de una pretensión declarativa negativa. De ahí que, al hilo de una aseveración aceptada sin fisuras por la comunidad científica —«puesto que la acción de declaración negativa de certeza se funda de un lado sobre la no existencia de una relación jurídica, y del otro sobre el interés en hacerla declarar» se «debe dar prueba de ambos fundamentos»²¹—, no parezca ocioso señalar:

- En primer lugar, que ningún problema se plantea con relación a la carga —formal— de la prueba del interés digno de protección como presupuesto de la acción. Desde luego es a quien solicita esta modalidad de tutela a quien corresponde alegar y acreditar los hechos justificadores de la misma. En este punto es indiferente que se trate de una declarativa positiva como de una negativa. En ambas hipótesis corresponde al actor su verificación. Caso contrario la demanda será rechazada y lo será, como se adelantó, por causa que caracterizaríamos de procesal-material²². Por supuesto, es ilusorio pensar que semejante fallo judicial pueda tácitamente declarar la existencia del derecho del demandado. Una sentencia denegatoria de este tenor nunca contendrá un pronunciamiento similar —o, mejor, nunca producirá una cosa juzgada similar—, salvo, claro es, reconvencción en tal sentido.
- En segundo lugar, que los interrogantes principales surgen alrededor de la doctrina del *onus probandi* en tanto en cuanto haya de aplicarse a la causa de pedir: «la no existencia». Ocurre que la respuesta no ha sido unitaria y que la misma, fuere cual fuere, tiene tantos matices como supuestos concretos se plantean ante los órganos jurisdiccionales. No extrañará entonces que un análisis exhaustivo resulte imposible y basta pensar en las

21. CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos*, traducción Sentís Melendo, S., Bogotá 1986, pp. 136-137, aunque en su opinión —y como a continuación veremos— la prueba de uno y otro fundamento corresponde siempre al actor.

22. Con ello no se pretende indicar que la ordenación de esta modalidad de tutela, presupuestos incluidos, pertenezca al ámbito del derecho sustantivo, y mucho menos que su incidencia se sitúe en el tráfico privado. No. Simplemente se quiere advertir de dos cosas (negativa una y afirmativa otra): por un lado, que la misma, aun siendo procesal, es ajena a la problemática de la validez o invalidez del proceso, a la temática de su correcta o incorrecta iniciación y continuación; por otra parte, que su aplicación se producirá en la propia decisión final y como tema de fondo, aunque previo al enjuiciamiento de la existencia o inexistencia de la «situación jurídica» debatida.

diferencias entre la acción de no reconocimiento del laudo arbitral o la dirigida a declarar que no se infringió un derecho de patente²³. En cualquier caso, no se olvide, si la falta de prueba se imputa al actor, su pretensión también será desestimada. Una desestimación que lo será por motivos estrictamente de fondo, en consecuencia y concurriendo determinadas condiciones, sí podrá entenderse, «por imperativo de una lógica ineludible», que la *res iudicata* «comprende lo que está implícita pero necesariamente afirmado por la negación contenida en la sentencia»²⁴.

(iii) En este orden de cosas y enlazando con la preocupación del Juzgado de lo Mercantil, no creemos que las reglas de prueba deban automáticamente coincidir tratándose de las declarativas positivas y las negativas. Claro que se debe evitar que estas últimas se conviertan en una acción provocatoria encubierta, mas no tenemos duda de que el remedio a esa posible disfunción no se encuentra en el mantenimiento a ultranza de las reglas generales de carga de la prueba. Nótese que, bajo el argumento de no «agrar la condición del demandado obligándole a una prueba a la cual quizá no esté preparado», podría privarse al demandante —potencial demandado— de la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos: probar lo desconocido —y los presuntos hechos constitutivos del derecho afirmado por el sujeto pasivo lo pueden ser— es poco menos que una quimera.

De ahí la necesidad de retornar a las adecuaciones-matizaciones que se fueron realizando en la doctrina del *onus probandi* y que hoy aparecen reflejadas en el artículo 217.6 de la LEC. Regreso que, desde luego, no puede suponer situarnos en el otro extremo de la alternativa —prueba a cargo del demandado—, pero que sí exigirá partir, siempre dentro de la simplificación anunciada —no es factible atender a todos y cada uno de los *petita* y *causa petendi* formulables—, de dos hipótesis de trabajo diferentes:

- De un lado —y los términos, como es fácilmente apreciable, no se utilizan en su sentido técnico-jurídico—, cuando la «inexistencia» afirmada tenga carácter sobrevenido. Aquí el actor deberá alegar y acreditar los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes del derecho que, real en el pasado, hoy se sigue atribuyendo al demandado. Si no lo hiciera y con independencia de la actuación —pasividad— de este último, la sentencia sería

23. Aunque en escenario no idéntico, TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, traducción Ferrer Beltrán, J., Madrid 2002, p. 251, explicaba que puesto que existen diversos modos de negar (el derecho en sí, una o más de sus características jurídicamente relevantes...), en el campo de la negación necesariamente se han de comprender situaciones distintas que son imposibles de unificar.

24. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid 2005, p. 210. Se trata de una tema de sumo interés, pero que excede con creces del objetivo perseguido en estas páginas.

absolutoria. Además, lo mismo podrá ocurrir cuando, pese a la prueba del demandante, el sujeto pasivo consiguiera demostrar otros hechos que transformaran aquel resultado: que privaran de eficacia a los anteriores, que justificaran la supremacía de su derecho...

- De otro, cuando la «no existencia» fuera —de nuevo por decirlo de algún modo gráfico— originaria. Entonces, creemos, el actor sólo puede intervenir inicialmente con la alegación y prueba «de hechos positivos de los que quepa inferir la concurrencia del negativo»²⁵, o, en su defecto, tras las afirmaciones del demandado a quien corresponderá justificar —por aplicación de aquellos criterios recogidos en el art. 217.6 de la LEC— los hechos constitutivos del que dice es su derecho. Y de nuevo en este último supuesto dos son los escenarios posibles: a) si el demandado no acredita, las consecuencias digamos dañosas de la falta de prueba recaerán sobre él, fallando el órgano jurisdiccional de acuerdo con el *petitum* de la demanda; b) si dicha parte procesal acredita, y el demandante no desvirtúa la realidad del derecho con argumentos y justificaciones en contrario, el juez se verá obligado a desestimar su pretensión, con la consecuencia probable de que se considere positivamente declarado —y cubierto, por tanto, por la cosa juzgada— la existencia del derecho cuestionado.

Este entendimiento, no ajeno a normas legales y pronunciamientos judiciales, nos pareció entonces y nos sigue pareciendo ahora el que mejor armoniza y equilibra las posiciones contrapuestas en que se ha situado la doctrina de la carga de la prueba como regla de conducta para las partes: en un extremo, imponiendo al actor —y en todo caso— la acreditación de la «inexistencia»; en otro, haciendo recaer sobre el demandado —y siempre— la justificación de la «existencia». Es más, semejante interpretación, con independencia de la necesidad de su concreción caso por caso o, *rectius*, pretensión por pretensión, no sólo permite eludir el temido peligro de estructurar la declaración negativa bajo antiguas fórmulas de jactancia —con lo que ello conlleva—, sino también consigue el efectivo amparo judicial de los derechos e intereses legítimos del actor, evitando, en suma, la aparición de ámbitos objetivos exentos de su práctica protección.

Aclarado lo anterior, no podemos dejar de reconocer que la problemática probatoria en esos dos frentes advertidos —condiciones de la acción y situación jurídico material deducida— constituye también un inconveniente práctico de la accionabilidad declarativa negativa. Que no proliferen demandas de esta naturaleza no deriva, no nos engañemos, de su atipicidad y el cuestionamiento ulterior de su aceptación en el ordenamiento español. Objetivamente, más

25. MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid 2005, p. 116.

bien surge de aquella exigencia de necesidad especial de tutela y, claro es, de las dificultades de prueba asociada a la inversión de posiciones procesales ya comentada.

3. Uno segundo que tampoco lo es: su confusión con las *torpedo actions*

3.1. Una preocupación surgida en el entorno europeo

(i) Ya advertíamos que la admisión de la tutela de declaración negativa conlleva ciertos peligros.

A ellos hacía alusión tanto el Juzgado de los Mercantil como la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y desde luego no se trata de un sentir caprichoso o extravagante. Al contrario, es prevención mayoritaria la posibilidad de su utilización con fines paralizadores o entorpecedores de un eventual proceso iniciado por quien fuera titular del derecho o sujeto activo de la relación jurídica.

El riesgo, por tanto y como figura en la rúbrica de este apartado, deriva de que pueda acudirse a esta tipología de acción como estrategia procesal para conseguir que el potencial demandado, presunto incumplidor, infractor... gane tiempo bloqueando el proceso a su favor a través de la aplicación mecánica de la regla de litispendencia y lo que conlleva.

Como es sabido, esta táctica, iniciada en los «años noventa del siglo pasado» y desarrollada principalmente en el «ámbito de las acciones para la protección de los derechos inmateriales», se conoce bajo el nombre de acciones torpedo. Primero fueron el torpedo italiano y el belga, pero a estas caracterizaciones se ha unido el alemán, el griego o el español en tanto en cuanto sus jurisdicciones poseen también esa «aptitud especial» para ralentizar el proceso²⁶. Precisa-

26. En este sentido, BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Acciones declarativas negativas y forum delicti commissi. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 25 de octubre de 2012, Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA» en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2013), Vol. 5, nº 1, pp. 240-253, y accesible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=131552&mode=req&pageId=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&id=281126>. Los entrecomillados del texto al igual que las referencias a las acciones torpedo, p. 248.

Muy ilustrativas, al menos en el ámbito al que se refieren, son las palabras FRANZOSI, M., reproducidas por la autora antes citada, p. 249, señalando que «las acciones torpedo son aquellas por las que el potencial infractor de un derecho de patente, normalmente tras recibir una primera reclamación no judicial, presenta una demanda ante un tribunal de un Estado miembro (Italia y Bélgica fueron los primeros) reconocido por su extrema lentitud y premiosidad para reclamar que se declarase que su conducta no constituía una violación de la patente y, en muchos casos, solicitar la declaración de nulidad de la patente. El titular de la misma se veía

mente y sobre todo cuando en cuestión están foros de competencia internacional —una pluralidad concurrentes—, de dicha lentitud puede aprovecharse el potencial demandado al solicitar la declaración negativa dejando retenido el litigio por mor de las reglas de la litispendencia ante ese tribunal de actuar previsiblemente pausado.

(ii) Esta realidad, la acción negatoria como instrumento de bloqueo del derecho de la contraparte procesal, ha sido fuente de preocupación —y ocupación— en el espacio de la Unión Europea cuyo Tribunal de Justicia ha sancionado, en ciertas materias y con algún matiz, la posibilidad del *forum shopping*.

Principalmente, aunque no solo, en el marco de aplicación del Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Baste observar que en dicho ámbito se llegó incluso a cuestionar la admisibilidad de la declaración negativa o, con más rigor, a proponer la exclusión expresa de esta modalidad de tutela en lo que atañe a la aplicación de alguna de sus normas competenciales. Y ello, justamente, por el recelo que generaba su utilización y el comportamiento litigioso abusivo que podría comportar al neutralizar eventuales conflictos de competencia por mor de la litispendencia.

De hecho, en el Libro verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 21.4.2009 COM(2009) 175 final, se consideró y hasta en tres ocasiones esa exclusión como una alternativa a estudiar:

- En la Pregunta 2: *¿Considera que las normas de competencias especiales del Reglamento podrían aplicarse a los demandados de terceros países? ¿Qué criterios de competencia suplementarios considera necesarios contra tales demandados? ¿Cómo debería tenerse en cuenta en el Reglamento la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de terceros países y los procedimientos emprendidos ante ellos? ¿En qué condiciones las resoluciones de órganos jurisdiccionales de terceros países deberían ser reconocidas y ejecutadas en la Comunidad, especialmente cuando se trate de legislación comunitaria de carácter vinculante o cuando tengan competencia exclusiva los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros?*

así apresado en la jurisdicción elegida por el infractor, ante la aplicación ciega y automática de la regla prior tempore consagrada en el art 27 del Reglamento 44/2001» (Franzosi, M., «Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo», en *The European Intellectual Property Review*, EIPR 1997, pp. 382-385, accesible en <http://www.franzosi.com/english/article/torpedo.htm>).

Se respondió, dentro de la temática de la elección de foro: «Otra solución podría consistir en excluir la aplicación de la norma de litispendencia en aquellos casos en que los procedimientos paralelos consistan, por una parte, en un procedimiento sobre el fondo y, por otra, en un procedimiento tendente a obtener una decisión declarativa (negativa) o, al menos, a asegurar la suspensión de los plazos de prescripción de la demanda sobre el fondo en caso de que no prospere la demanda de decisión declarativa».

- Del mismo modo en la Pregunta 3 relativa a *¿Cuál de las soluciones propuestas u otras posibles soluciones es, en su opinión, la más indicada para reforzar la eficacia de los acuerdos de elección de foro en la Comunidad?* Se vuelve a responder, aquí tratándose de la materia de propiedad industrial: «En lo que respecta a la coordinación de los procedimientos paralelos de infracción, podría reforzarse la comunicación y la interacción entre los órganos jurisdiccionales a los que se ha sometido paralelamente un asunto y/o excluir la aplicación de esta norma en caso de resolución negativa de naturaleza declarativa (cf. *supra* el punto 3)».

- Y, en fin, en la Pregunta 4: *¿Cuáles son, en su opinión, las deficiencias del sistema actual de resolución de litigios sobre patentes que convendría abordar en primer lugar en el marco del Reglamento (CE) nº 44/2001 y cuáles de las soluciones a las que se ha hecho referencia permitirían respetar mejor, en el marco del Reglamento, los derechos de propiedad industrial, tanto desde el punto de vista de los titulares como de los demandantes que los impugnan?*

De nuevo se respondió, aunque en esta ocasión al analizar la litispendencia y la conexidad, que «En lo que respecta al funcionamiento general de la norma de litispendencia, convendría examinar si los problemas actuales podrían abordarse reforzando la comunicación y la interacción entre los órganos jurisdiccionales que conocen de procedimientos paralelos y/o excluyendo la aplicación de la norma en caso de resolución negativa de naturaleza declarativa».

(iii) Por consiguiente, no se trataba de una preocupación ilusoria. Era real, aunque aquella solución no prosperara. De hecho y posiblemente con razón, ni siquiera se trasladó al texto de la propuesta y menos aún al texto definitivo. De ahí que siguiera planteándose, en el entorno de la declaración negativa, la problemática de las acciones torpedo y continuara buscándose otras opciones para intentar evitar aquellas prácticas litigiosas abusivas.

En este contexto se situó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala primera) de 25 de octubre de 2012, en el caso *Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA*, a la que nos referiremos a continuación y que nos puede servir de hilo conductor de una historia de evasión.

3.2. Y un desistimiento: la STJUE de 25 de octubre de 2012, asunto c-133/11, Folien Fischer AG y AG contra RITRAMA SPA

(i) No parece ocioso comenzar situando el escenario en el que se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia que da título a este apartado y que no es otro, como ya adelantamos, que el de la competencia judicial en materia civil y mercantil, en concreto la interpretación del artículo 5.3 del ya derogado Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000²⁷.

Naturalmente, el hecho de que esta normativa haya sido derogada y sustituida por el Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, no supone pérdida de objeto de las reflexiones allí contenidas. Aplicable a partir del 10 de enero de 2015, su artículo 7.2 determina, al igual que el anterior artículo 5.3, que «una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: (...) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso».

Precisado lo anterior, sus antecedentes, y tomamos las palabras que obran en las Conclusiones del Abogado General Sr. Jääskinen presentadas el 19 de abril de 2012, fueron los siguientes:

«11. Folien Fischer es una sociedad domiciliada en Suiza que se dedica al desarrollo, fabricación y venta de productos de papel plastificado y laminas plásticas. Comercializa, particularmente en Alemania, material de soporte para formularios de tarjetas en rollo continuo. Fofitec, que también tiene su sede en Suiza y que pertenece al grupo de empresas de Folien Fischer, es titular de varias patentes en el mismo ámbito de actividad.

12. Ritrama SpA, sociedad domiciliada en Italia, desarrolla, produce y comercializa láminas y plásticos refinados de distintos tipos.

13. Mediante escrito de marzo de 2007, Ritrama SpA denunció como contrarios al Derecho de la competencia la política de distribución de Folien Fischer y su negativa a otorgar licencias sobre las patentes.

14. Tras dicho escrito, Folien Fischer y Fofitec ejercitaron ante el Landgericht Hamburg (Alemania) una acción declarativa negativa al objeto de que se declarara judicialmente, por una parte, que Folien Fischer no está obligada a abandonar sus

27. Sobre ella y además de BLANCO-MORALES LIMONES, «Acciones declarativas negativas y forum delicti commissi...» cit., y RODRÍGUEZ PINEAU, «[Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea...](#)», cit., puede verse ORÓ MARTÍNEZ, C., y GANDÍA SELLENS, M.^a A., «Acciones declarativas negativas y litigación internacional de los derechos de patente: ¿problema resuelto? cambio jurisprudencial a partir de los asuntos Solvay y Folien Fischer», en *Revista Boliviana de Derecho*, n.º. 19, enero 2015, pp. 708-725.

prácticas comerciales en lo relativo a los descuentos y el contenido de los contratos de distribución y, por otra parte, que Ritrama SpA no tiene ningún derecho a exigir su cese ni a reclamar una indemnización. Asimismo, Folien Fischer y Fofitec solicitaron que dicho tribunal declarase que Fofitec no está obligada a otorgar ninguna licencia sobre las patentes europeas pertinentes de las que es titular.

15. Tras la interposición de esa acción declarativa negativa, Ritrama SpA y Ritrama AG, filial domiciliada en Suiza, a través de la cual la primera indica que comercializa sus productos, en particular, en Alemania, promovieron una acción ejecutoria ante el Tribunale di Milano (Italia). Como apoyo a sus pretensiones de indemnización por daños y perjuicios y de que se condenase a Fofitec a conceder licencias sobre las patentes en cuestión, adujeron que el comportamiento de Folien Fischer y Fofitec es contrario al Derecho de la competencia.

16. El Landgericht Hamburg, mediante resolución de 9 de mayo de 2008, declaró inadmisble la acción declarativa negativa interpuesta por Folien Fischer y Fofitec, por falta de competencia internacional.

17. El 14 de enero de 2010, el Oberlandesgericht Hamburg (Alemania) confirmó dicha decisión en apelación al no admitir la competencia internacional de los tribunales alemanes, basándose en que la competencia en materia delictual prevista en el artículo 5, número 3, del Reglamento no 44/2001 no comprende una acción declarativa negativa, como la ejercida por Folien Fischer y Fofitec, puesto que esa acción pretende precisamente establecer que en Alemania no se ha cometido ningún acto ilícito.

18. Folien Fischer y Fofitec han interpuesto ante el Bundesgerichtshof (Alemania) un recurso de «revisión», en el que mantienen las mismas pretensiones que en la fase de apelación. En su petición de decisión prejudicial, observa el citado órgano jurisdiccional que el Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado sobre si la competencia judicial prevista en el artículo 5, número 3, del Reglamento no 44/2001 también está fundada cuando el autor potencial del daño ejerce una acción declarativa negativa, mediante la cual pretende que se declare que a los potenciales perjudicados no les corresponde ningún derecho derivado de la posible actuación delictual. Considera que la correcta interpretación de esa disposición no es evidente, tal y como demuestran las opiniones divergentes de la doctrina y de los diferentes tribunales de los Estados miembros de la Unión, así como de la Confederación Suiza en relación con la regla equivalente del Convenio de Lugano.

19. En ese contexto, el Bundesgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial, precisando que se inclinaba a aplicar el artículo 5, número 3, del Reglamento no 44/2001 a una acción declarativa negativa: «¿Debe interpretarse el artículo 5, número 3, del Reglamento [no 44/2001] en el sentido de que la competencia judicial en materia delictual también comprende una acción declarativa negativa [“negative Feststellungsklage”] mediante la cual el potencial autor del daño pretende que se declare que al potencial perjudicado en un determinado contexto no le corresponde ninguna acción derivada del hecho ilícito (en el caso de autos, infracción del Derecho de la competencia)?».

(ii) Antes de aproximarnos a la sentencia que da nombre a este apartado, interesa referirnos a ciertas consideraciones del Abogado General que no hacen sino ratificar algunas ideas ya apuntadas en clave interna:

- Primeramente, la posibilidad de accionar a través de la declaración negativa en aquellos ordenamientos que así lo permitan²⁸, una posibilidad que entiende también y con carácter general condicionada:

«De entrada, que no descarto que las acciones declarativas negativas puedan estar incluidas en las normas de competencia previstas por el Reglamento no 44/2001, puesto que, por su parte, los requisitos de su admisibilidad ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros vienen definidos por las normas procesales nacionales. En este sentido, deseo señalar que los planteamientos nacionales difieren pero que, en general, la posibilidad de recurrir a la acción declarativa negativa está sometida a requisitos relativos al objeto de dicha acción y al interés jurídico o el interés del demandante en ejercitar la acción para ejercer esta forma de protección jurídica».

- Después, la inversión de posiciones procesales que entraña:

«Ahora bien, en el marco de una acción declarativa negativa, no es el demandado quien está acusado de cometer un acto dañoso cuya responsabilidad se pretende

28. Y por las resoluciones que cita, no son ni uno ni dos. De este modo y en cuanto a las decisiones de inaplicabilidad dictadas se mencionan: «en especial, en Alemania por el Landgericht München el 23 de octubre de 2008 (7 O 17209/07, www.juris.de) y el Oberlandesgericht Dresden el 28 de julio de 2009 (14 U 1008/08, www.juris.de). Con respecto al foro de competencia similar contenido en el artículo 5, número 3, del Convenio de Bruselas, véase, en Alemania, la sentencia del Oberlandesgericht München de 25 de octubre de 2001 (6 U 5508/00, www.juris.de); en los Países Bajos, las sentencias del Gerechtshof's-Gravenhage de 22 de enero de 1998, Evans/Chiron (IEPT19980122), y del Rechtbank's-Gravenhage de 19 de junio de 2002, Freelif/Stannah Stairlifts (NiPR 2002, Afl. 4, nr. 279), y, en Italia, la resolución del Tribunale di Bologna de 22 de septiembre de 1998 (Resp. civ. e prev., 2000, p. 754), y las sentencias de la Corte suprema di Cassazione de 19 de diciembre de 2003 (n. 19550, Riv. Dir. Ind., 2005, II, p. 162) y de la Corte d'appello de Milano de 2 de marzo de 2004 (Dir. ind., 2004, p. 431)». Y como resoluciones en favor de la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento n° 44/2001, se alude a las «dictadas, en Alemania, por el Oberlandesgericht Düsseldorf el 12 de mayo de 2005 (I-2 U 67/03, n° 34, www.juris.de) y el Landgericht Frankfurt el 25 de marzo de 2010 (2-03 O 580/08, 2/03 O 580/08, 2/3 O 580/08, 2-3 O 580/08, www.juris.de); en los Países Bajos, por el Rechtbank Breda el 29 de junio de 2011, Mivena/Geogreen c.s. (LJN: BR0157), y, en el Reino Unido, por la High Court of Justice (England & Wales) — Queen's Bench Division (Commercial Court), Equitas Ltd and another v Wave City Shipping Co Ltd and others, at para 11 Christopher Clarke LJ (2005) EWHC 923 (Comm). Véanse también las resoluciones en favor de la aplicación del artículo 5, número 3 del Convenio de Bruselas dictadas en Italia por la Corte suprema di Cassazione el 17 de octubre de 2002 (n. 14769, Riv. dir. inter., 2003, p. 238) y el Tribunale di Brescia el 11 de noviembre de 1999 (Riv. Dir. Ind., II, p. 236)». Favorable también fue el Tribunal federal suizo en sentencias «de 2 de agosto de 1999 (ATF 125 III 346); de 23 de octubre de 2006, G. GmbH./A. AG und B. AG (4C.210/2006, ATF 132 III 778), de 23 de octubre de 2006, F. AG/G. GmbH (4C.208/2006/len), y de 13 de marzo de 2007 (ATF 133 III 282). Sentencias disponibles en la página del Tribunal de Justicia (<http://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/fr/tableau/tableau.htm>), en el apartado «Information au titre du protocole n° 2 annexé à la convention de Lugano», respectivamente, con los n° 2000/19, 2007/14, 2008/19 y 2008/20». En consecuencia, a la declaración negativa se acude sin problemas de admisibilidad y al menos en Alemania, Países Bajos, Italia, Reino Unido o Suiza.

declarar, sino el demandante quien pretende establecer lo contrario, es decir, que no es el autor de un acto culpable que puede generar un daño del que se deduciría un derecho de reparación. En este sentido, el Gobierno alemán ha señalado acertadamente, aunque no comparto la conclusión que extrae de esa constatación, que en una acción declarativa negativa hay una inversión de los papeles tradicionales en materia de delitos, puesto que en este caso el demandante es el deudor potencial de un crédito derivado de una actuación delictual mientras que el demandado es la posible víctima de dicho acto».

- Y, finalmente, los peligros potenciales que concurren, y en dos órdenes de cuestiones además: acerca de su utilización como «torpedo» procesal y sobre la prueba y en sentido similar a lo advertido por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid.

«Admito que el Tribunal de Justicia ha reconocido que una parte puede «torpedear» o «entorpecer» la acción de la otra, al beneficiarse de una excepción de litispendencia en virtud de una aplicación extensiva del artículo 21 del Convenio» (remitiéndose a la Sentencia de 6 de diciembre de 1994, Tatry (C-406/92, Rec. p. I-5439), en combinación con la sentencia de 9 de diciembre de 2003, Gasser (C-116/02, Rec. p. I-14693), apartado 41 y apartados 70 y ss). Sin embargo, admitir que una acción declarativa negativa en materia delictual pueda basarse en el foro especial de competencia previsto por el artículo 5, número 3 del Reglamento no 44/2001 podría, en mi opinión, aumentar el riesgo de acciones de entorpecimiento, al ofrecer a los autores de hechos dañosos potenciales la opción de acudir a un órgano jurisdiccional distinto del lugar del domicilio del demandado».

«Quiero señalar que este tipo de acciones puede forzar a la supuesta víctima a intervenir, como potencial titular de un crédito de daños y perjuicios, en un procedimiento judicial en una fase en la que todavía no se encuentre en situación de aportar las pruebas necesarias para cumplir con la carga de probar la existencia de la responsabilidad extracontractual de la que la otra parte pretende exonerarse».

Adviértase entonces que precisamente tales riesgos se convierten para el Sr. Jääskinen en argumento relevante para justificar una interpretación restrictiva del artículo 5.3 del Reglamento y concluir que la competencia judicial en materia delictual no comprende una acción declarativa negativa mediante la cual el autor de un potencial hecho dañoso pretende que se declare que, de las circunstancias del asunto, no se deriva derecho alguno para la víctima potencial en materia delictual.

(iii) El Tribunal de Justicia, es conocido, se apartó de las referidas Conclusiones del Abogado General.

Su decisión, aplaudida en numerosos ámbitos académicos y que incluye las acciones negativas dentro del ámbito de aplicación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, pasa sin embargo de puntillas sobre la problemática advertida en el ejercicio práctico de esta modalidad de tutela.

Señala, eso sí, que «la particularidad de una acción declarativa negativa estriba en el hecho de que el demandante pretende que se declare que no existen los presupuestos de una responsabilidad de la que se derivaría un derecho de reparación en beneficio del demandado». Y que, «tal como ha señalado el Abogado General en el punto 46 de sus conclusiones, en una acción declarativa negativa hay una inversión de los papeles tradicionales en materia delictual, puesto que el demandante es el deudor potencial de un derecho de crédito derivado de un acto ilícito mientras que el demandado es la presunta víctima de dicho acto ilícito».

Pero a partir de ahí se limita a indicar, acertadamente por lo demás, que «tal inversión de los papeles no es suficiente para excluir a una acción declarativa negativa del ámbito de aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento n° 44/2001». Nada se indica, pues, sobre la viabilidad de este tipo de tutela, se remite a los ordenamientos nacionales, y menos aun sobre los peligros de las acciones torpedo y su posible solución. Quizá no era su misión, quizá no era el momento..., pero lo cierto es que por unas u otras razones desiste de cualquier consideración sobre la declaración negativa y la estrategia procesal perniciosa que pudiera encerrar y se centra en advertir que a efectos de determinación de la competencia lo único que debe examinarse son los puntos de conexión con el Estado del foro. No, por tanto, si la acción negatoria está admitida o no en el país en cuestión o si cumple o no las condiciones a las que estaría sujeta.

De cualquier forma, su Fallo es terminante y con él se puso fin a una disparidad interpretativa por lo demás poco edificante de los órganos jurisdiccionales europeos: «En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: El artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que una acción declarativa negativa que tenga por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual o cuasidelictual está incluida en el ámbito de aplicación de dicha disposición».

(iv) Debo reconocer, sin embargo, que desde el análisis que estamos realizando nos hubiera gustado algún pronunciamiento adicional sobre la declaración negativa²⁹. Como acaba de comprobarse, no ha sido así.

29. También a RODRÍGUEZ PINEAU, «[Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea...](#)», cit., para quien el Tribunal de Justicia, aunque aporta seguridad jurídica respecto a la interpretación de la norma en cuestión, debió ir más allá para sancionar el torpedo procesal vía declaración negativa o, al menos, para proporcionar instrumentos que eviten su abuso (pp. 145-147).

Empero, ello no es óbice para poder entresacar algunas ideas que parecen estar en la base de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La primera, que acepta sin discusión la acción negatoria. La segunda, que descarta que los riesgos asociados a su utilización como instrumento procesal de bloqueo, como táctica entorpecedora e incluso abusiva justifiquen el rechazo a su posible ejercicio.

Estas ideas se reafirmarían en pronunciamientos posteriores. No son muchos, es verdad, pero se aprecia, acaso por ese escaso número, que se prefiere eludir aquellos peligros pese a conocer que las acciones torpedo son una realidad en el marco del espacio judicial europeo.

Buena muestra de ello serían las Conclusiones del Abogado General, Sr. Hogan, en Asunto C- 251/20 Gtflix Tv contra DR, respecto a la petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia), mencionado en un entorno de normalidad y al hilo de la aplicación del artículo 7, punto 2, del Reglamento n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, la posibilidad de interponer una acción declarativa negativa ante un tribunal plenamente competente (en cambio, la STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2021, en este mismo asunto, nada indicará al respecto).

O la STJUE (Sala Segunda), de 13 de julio de 2017, en asunto C-433/16 Bayerische Motoren Werke AG contra Acacia Srl, en relación con la petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione de Italia, declarando, sin cuestionamiento alguno sobre la modalidad de tutela ejercitada —y la cursiva es nuestra—, que: «(...) 2) El artículo 82 del Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2000, sobre los dibujos y modelos comunitarios, debe interpretarse en el sentido de que *las acciones declarativas de inexistencia de infracción* a las que se refiere el artículo 81, letra b), de dicho Reglamento, si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, deben entablarse ante los tribunales de dibujos o modelos comunitarios de dicho Estado miembro, salvo que se produzca una prórroga de la competencia en el sentido del artículo 23 o 24 del Reglamento n.º 44/2001, y sin perjuicio de los casos de litispendencia y de conexidad previstos en esos Reglamentos. 3) La regla de competencia establecida en el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 no se aplica a *las acciones declarativas de inexistencia de infracción* a las que se refiere el artículo 81, letra b), del Reglamento n.º 6/2002. 4) La regla de competencia establecida en el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 *no se aplica a las pretensiones de declaración de abuso de posición dominante y de competencia desleal que están conexas a una acción declarativa de inexisten-*

cía de infracción de un dibujo o modelo comunitario en la medida en que la estimación de aquéllas presupone la estimación previa de la acción declarativa de inexistencia de infracción».

Y en esta natural aceptación de la declaración negativa, se encuentra también la STJUE (Sala tercera), de 19 de diciembre de 2013, en asunto C-452/12 Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd contra Inter-Zuid Transport BV, respondiendo a la petición de decisión prejudicial por el Landgericht Krefeld (Alemania) y explicando, sin ir más allá, en su apartado 40 que «mediante su segunda cuestión, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 71 del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación del artículo 31 del CMR, párrafo 2, según la cual una acción declarativa negativa o una sentencia declarativa negativa en un Estado miembro no tienen el mismo objeto y la misma causa que una acción de repetición ejercitada a raíz de los mismos daños y perjuicios entre las mismas partes del litigio o sus derechohabientes en otro Estado miembro». El fallo, y la cursiva vuelve a ser nuestra, es claro: «El artículo 71 del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación del artículo 31, párrafo 2, del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956, en su versión modificada por el Protocolo hecho en Ginebra el 5 de julio de 1978, según la cual *una demanda de declaración negativa o una sentencia declaratoria negativa* en un Estado miembro no tienen el mismo objeto y la misma causa que una acción de repetición ejercitada en otro Estado miembro con motivo de los mismos daños y perjuicios entre las mismas partes del litigio o sus derechohabientes».

Por consiguiente, la posibilidad de una declaración negativa como instrumento procesal de bloqueo es una realidad que no perturba su aceptación en el espacio judicial de la Unión Europea. Se mantiene la admisibilidad de esta tipología de acción, sin plantearse su carácter condicionado y lo que implica, sin ni siquiera advertir de los peligros que como torpedo puede entrañar y, obviamente, sin buscar remedios a la amenaza que su posible uso abusivo supone.

4. Consideraciones finales

Y muy breves.

— Solo para reiterar que la acción negatoria no está en sí misma excluida de las modalidades de tutela que se pueden solicitar de los órganos jurisdiccionales. Y a estos efectos ha terminado siendo indiferente su carácter típico o atípi-

co pues incluso aquí halla amparo a través de su inclusión en los artículos 24 de la CE, 13 del CEDH o 47 de la CDFUE.

Del mismo modo, ni la inversión de posiciones procesales que entraña, ni las dificultades probatorias que puedan surgir constituyen óbice alguno para rechazar su admisión. Son singularidades procesales innegables, sobre todo la primera, pero la realidad es que una y otra carecen de trascendencia a los fines de argumentar interpretativamente en defensa de su proscripción.

— Solo para insistir en que la acción negatoria está sujeta a condición. Su admisión depende siempre de la concurrencia de lo que se ha venido denominando interés legítimo (STS131/2019, de 5 de marzo) o necesidad especial de tutela (STS 1715/2022, de 27 de abril) y que la STS 760/2011, de 4 de noviembre, concreta del modo que sigue: «(i) incertidumbre sobre la existencia, el alcance o la modalidad de una relación jurídica o, alternativamente, el temor fundado de futuro perjuicio; (ii) que la falta de certeza pueda ocasionar un perjuicio o lesión; y (iii) que no exista otra herramienta o vía útil para ponerle inmediatamente fin al estado de incertidumbre invocado. En este sentido, como recuerda la sentencia 131/2019, de 5 de marzo, «toda acción declarativa ha de responder a la exigencia de un interés legítimo en quien la ejercita (sentencias 64/1999, de 5 de febrero, y 661/2005, de 19 de julio, entre otras)».

Este condicionamiento, aunque se desarrolle específicamente en el seno de la tipología de acción declarativa, no es ajeno a las acciones de condena o constitutivas. También aquí se precisa su presencia. La diferencia estriba en que en estos últimos casos su concurso se presume, no así en la mera declaración positiva y sobre todo negativa que ante el temor de utilizar la jurisdicción con finalidades distintas de las que le corresponden la alegación y prueba de su concurrencia se convierte en necesaria. Con todo, no se olvide que aquel interés/necesidad digna de tutela no puede confundirse ni con el derecho material subyacente —y su previa realidad normativa— ni con la atribución o no de legitimación. Su discernimiento y comprobación habrá de hacerse partiendo de la idea de incertidumbre caracterizada como objetiva y actual, imputable al demandado y causante de un perjuicio al actor que sólo la cosa juzgada del pronunciamiento judicial pueda solventar. Tema diferente es que en el momento de su verificación la prudencia judicial devenga imprescindible.

— Y solo para resaltar que solución al torpedo procesal que puede encerrar la acción negatoria en modo alguno pasa la prohibición de esta modalidad de pretensión.

Existen otros remedios que, siendo comunes, disuaden —y sancionan— un ejercicio inapropiado, incluso fraudulento o abusivo, de la declaración negati-

va. Además de ciertos instrumentos extremos, como el rechazo ex artículo 11.2 de la LOPJ —«los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»— o la fijación de responsabilidades civiles y penales (arts. 1902 CC y 250 CP), no cabe desconocer el papel que a estos efectos puede desempeñar la condena en costas (art. 394 LEC) y, sobre todo, la imposición de multas vía artículo 247 de la LEC. La doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre esta norma procesal, aunque muchas veces se olvida, es muy clara: «aunque la astucia pueda ser una de las habilidades legítimamente desplegables en el proceso, no es institucionalmente admisible reducir el proceso a un simple juego de astucia cuyo único objetivo sea perturbar a la parte contraria y confundir a los tribunales, desperdiciando tiempo, trabajo y recursos económicos en aquello que ni tan siquiera tenía que haber comenzado» (STS 1052/2013, Sala primera, de 22 de febrero, dictada precisamente con ocasión de una acción declarativa de dominio).

5. Bibliografía

- ALMOGUERA GARCÍA J., y GÓNGORA OLIVER, A., «Reconocimiento de laudos extranjeros en España: algunas consideraciones procedimentales y de competencia tras la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil a la luz de la más reciente jurisprudencia», en *Anuario de Arbitraje 2018*, Coord. Menéndez Arias, M.^a J., Madrid 2018.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Proceso Civil Práctico*, dirección Gimeno Sendra, V., II, La Ley, Madrid 2001.
- BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., Madrid 2001.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Acciones declarativas negativas y forum delicti commissi. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 25 de octubre de 2012, Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA» en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2013), Vol. 5, nº 1.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Tutela civil declarativa*, Valencia 2008.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia 2022.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 42», en *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, dirección [Fernández Tresguerres García](#), A., Barcelona 2017.
- CUCARELLA GALIANA, L., *El proceso civil en materia de patentes*, Granada 1999.
- CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, traducción Gómez Orbaneja, E., I, Madrid 1936.

- CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos*, traducción Sentís Melendo, S., Bogotá 1986.
- DAMIÁN MORENO, J., *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, dirección Lorca Navarrete, A., y coordinación Guilarte Gutiérrez, I, Valladolid 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid 2005.
- DE LOS SANTOS LAGO, C., y ROSENDE VILLAR, C., «El exequátur en la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional», en *Economist & Jurist*, 2016, accesible en https://economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2016/01/6_Internacional.pdf.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, A., II, Madrid 1993.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores él mismo, Rifá Solé, J.M. y Valls Gombau, J.F., I, Barcelona 2000.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El Tribunal Constitucional español como legislador positivo», pp. 127-192 en *Pensamiento Constitucional Año XV nº 15*, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3063/2910/>.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a., *El proceso civil*, coordinador Escribano Mora, F., IV, Valencia 2001.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores, Fernández-Ballesteros López, M.A., Rifá Solé, J.M. y Valls Gombau, J.F., I, Barcelona 2000.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores Fernández-Ballesteros, M.A., Rifá Soler J.M., y Valls Gombau, J.F., I, Barcelona 2000.
- GARAU SOBRINO, F., «Comentario artículo 42», en *Comentarios a la ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, directores Méndez González, F. P., y Palao Moreno, G., Valencia 2017.
- GIMENO SENDRA, V., *Proceso Civil Práctico*, dirección él mismo, I, Madrid 2001.
- GONZÁLEZ-SORIA, J., «El reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros en España», en *Miguel Ángel Fernández-Ballesteros. Liber Amicorum*, I, Madrid 2024.
- JUAN SÁNCHEZ, R., «El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 10, 2011.
- MAYNARD, M., *Les jugements déclaratoires*, París 1922.
- MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, con IGLESIAS CABERO, M., MARÍN CORREA, J.M^a, SAMPEDRO CORRAL, M., I, Madrid 1993.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid 2005.
- MONTERO MURIEL, F.J., «Seeking non-recognition of an arbitral award and awards rendered untimely», en *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 7/2010.

- MONTERO MURIEL, F.J. y ROMERO PÉREZ-LLORCA, M., «Spain», en *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review* 2016, <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/es/actualidadPublicaciones/ArticuloJuridico/Documents/151126-gar-the-european-middle-eastern-and-african-arbitration-review-2016.pdf>.
- PROTO PISANI, A., «*Appunti sulla tutela di mero accertamento*», *RTD Processuale* 1979.
- QUECEDO ARACIL, P., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinadores Fernández-Ballesteros, M.A., Rifá Soler J.M., y Valls Gombau, J.F., II, Barcelona 2000.
- ORÓ MARTÍNEZ, C., y GANDÍA SELLENS, M^aA., «Acciones declarativas negativas y litigación internacional de los derechos de patente: ¿problema resuelto? cambio jurisprudencial a partir de los asuntos Solvay y Folien Fischer, en *Revista Boliviana de Derecho*, n^o. 19, enero 2015.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., «*Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el Asunto C-133/11, «Folien Fischer AG Fofitec AG c. Ritrama Spa»*», en *Revista Española de Derecho Europeo* n^o 47, Julio – Septiembre 2013.
- SCHUMANN, E., en *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen 1997.
- TAPIA FERNANDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinación ella misma, Armenta Deu, T., Cordon Moreno, F., y Muerza Esparza, J., I, Cizur-Menor (Navarra) 2001.
- TARANTINO, G., «*Azione di accertamento negativo: all'attore la prova dell'insussistenza del debito rivendicato*», accesible en <https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6134>.
- TARJUELO POZO, J., y GARCÍA URBANO, J., «El exequátur negativo de laudos extranjeros en España», *Iurgium. Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, n^o. 49/2024
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, traducción Ferrer Beltrán, J., Madrid 2002.
- ZAMIR y WOOLF, (WOOLF, The Rt. Hon. The Lord, y WOOLF, J.), *The declaratory judgments*, London 2002.

VII | Breves consideraciones sobre el proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial

Faustino Cordón Moreno
Catedrático emérito de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

1. En la jurisprudencia más reciente (a partir de la STS 703/2015, de 21 de diciembre, ROJ STS 5760/2015) encontramos las siguientes declaraciones sobre el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial regulado en los artículos 806 a 811 LEC: A) es un proceso especial por razón de la materia que tiene prioridad sobre los procesos declarativos comunes (ordinario y verbal) por razón de la cuantía¹; B) forman parte de él los dos procedimientos que lo integran, formación de inventario (arts. 808 y 809) y liquidación en sentido estricto (art. 810), siendo ambos autónomos, de forma que el primero (formación del inventario) no exige necesariamente una petición de liquidación posterior ni queda excluido por el hecho de que la liquidación ya se hubiera realizado, pero no de forma completa, por surgir con posterioridad controversia entre los cónyuges con respecto a la inclusión en el inventario de un nuevo bien; y C) disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada aún (o liquidada respecto a los demás bienes), la pretensión de declaración de que la sociedad es acreedora de uno de los cónyuges por la revalorización de un bien privativo de este debido al trabajo del otro, así como la condena del cónyuge titular del bien privativo a pagar la cantidad resultante a la sociedad, debe ventilarse y decidirse por los trámites del proceso especial por razón de la materia y no por el declarativo correspondiente por razón de la cuantía.

1. Esta prioridad resulta del artículo 248.1 LEC, cuando dispone que toda contienda judicial entre partes será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda siempre que «no tenga señalada por la Ley otra tramitación», y del apartado 3 de ese mismo artículo, conforme al cual las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía solo se aplicarán «en defecto de norma por razón de la materia.»

2. La prioridad que se reconoce al proceso especial encuentra apoyo también en la regulación legal de la excepción de inadecuación de procedimiento cuando el actor ha acudido al proceso ordinario.² Tal regulación —concluye la STS 703/2015— permite considerar superada la jurisprudencia que, bajo el régimen de la LEC de 1881, con relativa frecuencia acerca de determinados procesos especiales, no apreciaba inadecuación del procedimiento razonando que no existía indefensión cuando se había seguido un proceso declarativo ordinario por sus más amplias posibilidades de alegación y prueba.³ Con la nueva doctrina, pues, el seguimiento del proceso especial por razón de la materia tiene carácter imperativo; el presupuesto de la apreciación de la excepción de inadecuación de procedimiento ya no será si el seguido causa indefensión a la parte, sino la infracción de la norma legal que prevé un proceso especial *ratione materiae*.

3. Podemos preguntarnos si la sentencia de la audiencia que estima la inadecuación de procedimiento es recurrible en casación, tanto bajo la nueva regulación de los recursos extraordinarios introducida por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre como bajo la anterior, que era la aplicable al caso resuelto por la STS 703/2015 y en la que el recurso a utilizar era el extraordinario por infracción procesal.

2. Como es conocido, la LEC ha eliminado la disponibilidad de las partes sobre el procedimiento a seguir. Conforme a su artículo 254.1, al juicio se le dará la tramitación indicada por el actor (ap. 1), pero el juez «no estará vinculado por el tipo de juicio solicitado en la demanda» (ap. 3), por lo que se prevé el control de oficio al comienzo del proceso: «si a la vista de las alegaciones de la demanda el Letrado de la Administración de Justicia advirtiere que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, acordará por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda.» (ap. 2). En su defecto, la LEC regula el control de la inadecuación de procedimiento a instancia de parte; en lo que ahora interesa, en el acto de la audiencia previa, cuando el procedimiento seguido por el actor es el del juicio ordinario y procedía el del verbal por razón de la materia: «el tribunal, oídas las partes en la audiencia, podrá decidir motivadamente en el acto lo que estime procedente» y, si estima la inadecuación de procedimiento porque el juicio procedente era el verbal, «dispondrá que el Letrado de la Administración de Justicia cite a las partes para la vista, salvo que la demanda apareciese interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley. En este caso, se declarará sobreesido el proceso.»

3. En realidad, esta jurisprudencia, que partía de una premisa discutible, a saber, que el juicio verbal es un proceso con menos garantías que el ordinario, se prolongó durante años también bajo la vigencia de la LEC 2000. Así, pocos meses antes, la STS 79/2015, de 27 de febrero, había declarado que «el mantenimiento del juicio elegido no invalida la conducción procesal de la pretensión deducida por la actora cuando el procedimiento cuestionado contiene las garantías procesales necesarias para el desenvolvimiento de la pretensión, sin que haya lugar a indefensión»; y es difícil apreciar que esta se produzca «cuando se ha seguido el juicio ordinario, en vez de un juicio verbal...», en cuanto que está dotado de mayores garantías de defensa» (STS 79/2015, de 27 de febrero). Sobre el tema puede verse PEITEADO MARISCAL, P., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2015 (5760/2015). Procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón de su régimen económico-matrimonial tras la disolución de éste», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina Civil y Mercantil* (Izquierdo Tolsada, M. dir), Vol. 7, 2015, págs. 393-406.

El nuevo artículo 477.1 LEC, al regular las resoluciones recurribles en casación⁴, mantiene la redacción anterior, incorporando algunas modificaciones que ya habían sido introducidas por la jurisprudencia y plasmadas en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera de 27 de enero de 2017. En lo que ahora interesa, mantiene que, como regla, la resolución recurrida debe ser una sentencia dictada por la audiencia que ponga fin a la segunda instancia.

A) Interpretando la norma anterior (art. 477.2), que también contenía esta exigencia, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional citado consideró que no eran recurribles en casación, entre otras: a) *«Las sentencias de las Audiencias Provinciales que carezcan de la condición de sentencia dictada en segunda instancia por acordar la nulidad y retroacción de las actuaciones o la absolución en la instancia, o por resolver una cuestión incidental.»*

Sin duda, en las sentencias de apelación que se pronuncian sobre la adecuación o inadecuación del procedimiento seguido por el actor concurren las excepciones a la recurribilidad mencionadas en dicho criterio: o bien se dictan en el procedimiento de formación del inventario (art. 809.2), al que el Tribunal Supremo ha atribuido, a estos efectos (la recurribilidad en casación de la sentencia), naturaleza incidental⁵; o bien acuerdan la retroacción de actuaciones si, revocando la de primera instancia, consideran que el procedimiento que se siguió en ella es el adecuado; o bien son absolutorias en la instancia (no se pronuncian sobre el fondo) si, confirmando o revocando la de instancia, entienden que no lo es.

4. «Serán recurribles en casación las sentencias que pongan fin a la segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales cuando, conforme a la ley, deban actuar como órgano colegiado y los autos y sentencias dictados en apelación en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil al amparo de los tratados y convenios internacionales, así como de Reglamentos de la Unión Europea u otras normas internacionales, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el correspondiente instrumento.»

5. En tal sentido, dijo el ATS de 13 de marzo de 2012, rec. 24/2012, Roj: ATS 2854/2012: «Constituye el objeto del presente recurso de queja una Sentencia dictada, en grado de apelación, en juicio sobre formación de inventario en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial —juicio previsto en el art. 809.2 de la LEC 2000—, y debe señalarse que esta Sala tiene declarado que, en la LEC 1/2000, el juicio al que se remite el art. 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado 2 del art. 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial, en la formación de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (entre otros, AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, y el más reciente de 19 de octubre de 2004, en recurso 625/2004), y ello porque, según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las Sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo.»

Ciertamente, el Tribunal Supremo ha mantenido una postura distinta, por ejemplo, en la STS 282/2019, de 23 de mayo.⁶ Las razones invocadas en pro de la admisibilidad del recurso extraordinario podían tener justificación en el caso peculiar sometido a su decisión⁷, en el que la confirmación de la inadecuación de procedimiento por la audiencia cerraba definitivamente la posibilidad de acudir con posterioridad al que se considerara adecuado; y, por eso, entiende la sentencia que, al estar en juego el derecho de acceso a la jurisdicción, la decisión de la audiencia no sólo debía tener amparo en la ley, sino que, además, conforme a la doctrina constitucional, debía ser aplicada de forma razonable, sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción, que es lo que ocurrió en el caso. Sin embargo, la sentencia, en lo que parece un intento de generalización de su doctrina, cita en su apoyo, entre otras, la sentencia a la que vengo haciendo referencia (STS 703/2015, de 21 de diciembre), que regula un supuesto muy diferente⁸, en el que estas razones y, en definitiva, la admisión del recurso extraordinario, son discutibles si se considera aplicable el criterio establecido por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera antes mencionado. Primero porque puede entenderse que la pretensión ejercitada era la de incluir un bien en el inventario como presupuesto para su liquidación y, como vimos, el Tribunal Supremo ha atribuido, a estos efectos, naturaleza incidental a la fase de inventario y, en cualquier caso, porque la sentencia no cerró definitivamente el acceso al proceso porque o bien ordenó la retroacción de actuaciones o bien, al pronunciarse sobre una cuestión procesal, es absolutoria en la instancia y no impide acudir con posterioridad al procedimiento adecuado.

B) En cambio, con el nuevo régimen de la casación, en el que el recurso es único y no se excluye como vía de acceso el interés casacional de naturaleza procesal, por lo que el Tribunal Supremo puede pronunciarse sobre los motivos de

6. En el supuesto por ella resuelto, alegado por la parte recurrida como causa de inadmisibilidad que la sentencia no era recurrible en casación (y, por tanto, no cabía contra ella el recurso extraordinario por infracción procesal) por no tener la consideración de sentencia de fondo que ponga fin a la segunda instancia, entiende el Tribunal Supremo que esta causa de inadmisión no concurre en el caso porque la sentencia recurrida *«ha puesto fin al procedimiento, que no es incidental»* y, al estimar la excepción, *«hace imposible su continuación.»*

7. En él lo pretendido en la demanda era obtener los necesarios pronunciamientos para dar efectividad y cumplimiento a un laudo arbitral, cuya ejecución fue rechazada, y la sentencia de la audiencia había entendido que el procedimiento elegido por los demandantes no se ajustaba a la ley, sino que debieron acudir al proceso ordinario correspondiente para obtener nueva resolución estimatoria de una pretensión que, consecuentemente, sirviera de título para ejecutar.

8. Como veíamos, se trataba de un supuesto en que, disuelta la sociedad de gananciales, pero no liquidada aún (o liquidada respecto a los demás bienes), se discutía si la pretensión de declaración de que la sociedad es acreedora de uno de los cónyuges por la revalorización de un bien privativo de este debido al trabajo del otro, así como la condena del cónyuge titular del bien privativo a pagar la cantidad resultante a la sociedad, debía ventilarse y decidirse por los trámites del proceso especial por razón de la materia y no por el declarativo correspondiente por razón de la cuantía.

esta naturaleza, sin necesidad de que se aleguen a la vez motivos de fondo, puede plantear dudas la exclusión de las sentencias absolutorias en la instancia, cuando la audiencia, confirmando o revocando la sentencia de primera instancia, no se pronunció sobre el fondo por apreciar la concurrencia de la inadecuación de procedimiento y esta cuestión procesal constituye el objeto único del recurso de apelación.

4. Cuestión distinta es la recurribilidad de la sentencia misma dictada en las dos fases del procedimiento. No plantea problemas la recurribilidad de la sentencia que aprueba las operaciones particionales. En cambio, se discutía que sea recurrible la dictada en la fase de inventario, por la naturaleza incidental que tradicionalmente se atribuía al procedimiento. Sin embargo, tal doctrina ha sido modificada. Como recuerda la STS 320/2023, de 28 de febrero, el ATS de 9 de marzo de 2016, dictado en recurso 10/2016, con cita de las consideraciones 2.^a y 3.^a de la sentencia 703/2015, de 21 de diciembre, señaló: *«En primer lugar, en respuesta al motivo de inadmisión de los recursos por no ser la resolución dictada recurrible en casación, al no tratarse de una sentencia de segunda instancia de conformidad con la aplicación de la reiterada jurisprudencia de esta Sala por parte de la Audiencia Provincial, debe ponerse manifiesto que la misma queda superada a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación nº 2459/2013, en el que se plantea cual es el procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón del régimen económico matrimonial tras la disolución de éste, que recoge expresamente, en su fundamento de derecho cuarto [...] La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810) desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario»*. En definitiva, concluye, los procedimientos verbales de inclusión y exclusión de bienes del inventario constituyen el cauce legalmente establecido para determinar el activo y pasivo del haber ganancial, y la sentencia que pone fin a dichos juicios especiales es susceptible de recurso de casación por interés casacional (arts. 455.2.3, antiguo, y 3º LEC).⁹

9. En este sentido, los autos de esta Sala 1.^a de 8 de marzo de 2017, recurso 607/2016; 5 de abril de 2017, recurso 1256/2015; 20 de junio de 2018, recurso 54/2018; 19 de febrero de 2020, recurso 4576/2017; 2 de diciembre de 2020, recurso 2125/2018; 9 de junio de 2021, recurso 5342/2018; 23 de junio de 2021, recurso 5995/2018, y 29 de septiembre de 2021, recurso 3479/2019, vienen proclamando que, atendida la clase de procesos determinados por razón de la materia, estas pretensiones acceden al recurso de casación por la vía del interés casacional al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC. Manifestaciones de tal doctrina las encontramos, por ejemplo, en las sentencias 322/2022 y 326/2022, de 25 de abril; 886/2022, de 13 de diciembre o

5. Tanto la fase de inventario como la de liquidación, que —como ya he dicho— son autónomas, pueden concluir por acuerdo alcanzado por las partes (arts. 809.1, III y 810.4) y, en su defecto, también con una sentencia contradictoria (arts. 809.2 y 787, al que se remite el art. 810.5).

La regulación de la sentencia que, en defecto de acuerdo, pone fin a una y otra fase es diferente: la que se dicte en la fase de inventario *«resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes»* (art. 809.2, II); la que recaiga en la de liquidación, en cambio, no es objeto de regulación específica, sino por remisión al juicio de división de la herencia: *«De no lograrse acuerdo entre los cónyuges..., se procederá, mediante diligencia, al nombramiento de contador y, en su caso, peritos, conforme a lo establecido en el artículo 784 de esta ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes»*, dentro del cual, la sentencia que se dicte en caso de oposición a las operaciones divisorias *«se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda»* (art. 787.5, II).

Por tanto, la ley solo excluye expresamente la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que aprueba las operaciones particionales de la masa ganancial en la fase de liquidación, tanto contradictoria como sin oposición, guardando silencio acerca de si la exclusión de tal eficacia se aplica también a las sentencias dictadas en la fase de inventario.

A) La exclusión de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que aprueba las operaciones particionales se encuentra ratificada por la jurisprudencia. Como dijo la STS 185/2007 de 21 de febrero (rec. 809/2000)¹⁰, la sentencia de la audiencia que había reconocido tal eficacia *«no se acomoda a la doctrina jurisprudencial de esta Sala relativa a los efectos de las resoluciones judiciales que aprueban las operaciones divisorias frente a los eventuales procesos declarativos en los que se ejerciten acciones rescisorias, de nulidad, de ampliación o de modificación de tales operaciones.»*¹¹ Y concluye: *«Resulta indiscutible, por lo*

1036/2022, de 23 de diciembre que, entre otras muchas, conocieron de recursos de casación contra sentencias dictadas en los precitados procedimientos.

10. En ella se trataba de dilucidar si la firmeza de la previa resolución sobre la liquidación impide, atendido el objeto sobre la que versa, los sujetos a los que afecta y la causa de pedir en que se fundamenta, resolver sobre una pretensión de declaración del dominio de bienes comprendidos en la liquidación de la sociedad conyugal y adjudicados por virtud de aquélla, por carecer del carácter ganancial que le fue atribuido.

11. Y apoya tal afirmación en sentencias anteriores: *«La Sentencia de 22 de junio de 2001 se hace eco de la doctrina sentada en las anteriores Sentencias de 7 de febrero de 1969, 27 de mayo de 1998 y 27 de octubre*

demás, la aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos a los casos en que, como ocurre en el presente, se trata de la división y adjudicación de los bienes y derechos en su día integrantes del acervo ganancial, pues es consecuencia inherente a la remisión que el artículo 1410 del Código Civil hace a las normas del juicio de testamentaria.»

B) En cambio, esta misma jurisprudencia atribuye esa eficacia (de cosa juzgada) a las sentencias dictadas en la fase de inventario, poniendo fin a la discusión que existía en las audiencias; y lo hace aun reconociendo la naturaleza incidental de la fase de inventario. Según la sentencia 185/207 citada, y antes la sentencia 958/2005, de 15 de diciembre, la privación de tal eficacia a las sentencia que resuelven la liquidación *«no contradice la doctrina de esta Sala conforme a la cual las sentencias que deciden los juicios que, presentando carácter incidental respecto del procedimiento universal, versan sobre la impugnación del inventario de los bienes y derechos, o sobre la inclusión o exclusión de él, o de las subsiguientes operaciones divisorias, de alguno de ellos, tienen autoridad de cosa juzgada —véanse, en este sentido, las Sentencias de 24 de febrero de 1993, 5 de julio de 1994, 21 de octubre y 15 de diciembre de 2005, entre otras—, pues el reconocimiento de dicho efecto es consustancial, primero, al hecho de mediar un proceso en el que las pretensiones que integran su objeto han sido examinadas con plenitud y resueltas en el marco de un procedimiento contradictorio, desarrollado también con plenitud de alegación y prueba, cosa que no cabe decir de los casos en que, sin mediar oposición, se aprueban judicialmente las operaciones divisorias; y después, a la presencia de las tres identidades, subjetiva, objetiva y causal, en torno a las cuales se construye el instituto jurídico de la cosa juzgada.»*¹²

de 2000, conforme a la cual la aprobación judicial de la partición hecha en juicio de testamentaria —a cuyas normas remite, no se olvide, el artículo 1410 del Código Civil, cuando se trata de la liquidación de la sociedad de gananciales— no tiene la autoridad de cosa juzgada»: «la partición aprobada judicialmente no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser impugnada por los en ella perjudicados, ejercitando las acciones pertinentes, bien sean de nulidad, de rescisión o de modificación o complemento, pues así como las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio unánime de todos los herederos, pueden ser impugnadas posteriormente por diversas causas, según declara la Sentencia de 29 marzo 1958, en las aprobadas judicialmente cabe la misma impugnación, tanto los interesados manifiesten su conformidad, pues ésta no puede purgar los vicios de consentimiento y la lesión se reputa como tal, como si dejan transcurrir el término sin hacer oposición, que son los dos supuestos a que se refiere el art. 108 de la Ley Procesal, dado que este silencio y pérdida del trámite para impugnar la partición, no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente, según afirma la Sentencia de 3 diciembre 1928.» Por esta razón, continúa diciendo la sentencia, la STS de 1 de junio de 2005, declaró la inexistencia de los efectos de la litispendencia —estadio procesal antecedente de la cosa juzgada— entre el procedimiento de partición hereditaria y el posterior que versó sobre la propiedad de una finca y sobre el derecho a percibir el justiprecio acordado en su expropiación.

12. Aunque tal conclusión parece contradecir la declaración contenida en la misma sentencia acerca de que en el proceso ulterior «se trataba de dilucidar si la firmeza de aquella previa resolución (sentencia aprobando las operaciones particionales) impide... resolver sobre una pretensión de declaración del dominio de bienes comprendidos en la liquidación de la sociedad conyugal y adjudicados por virtud de aquélla, por carecer del

Y en el mismo sentido se pronuncia la más reciente STS 320/2023, de 28 de febrero, antes citada.¹³ A juicio del recurrente, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 810.5 de la LEC, resultaría aplicable su artículo 787.5 (que regula el procedimiento de oposición al cuaderno particional elaborado por el contador partidor en sede de división judicial de la herencia), conforme al cual la sentencia dictada en dicho proceso no produce eficacia de cosa juzgada, *«pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.»*

La sentencia, en cambio, no comparte los argumentos de la parte recurrente por las siguientes razones:

- a) Citando la STS, Pleno, 703/2015, de 21 de diciembre, antes examinada, recuerda el carácter prioritario del procedimiento especial y los dos procedimientos de que consta, en los que *«la formación de inventario para determinar el activo y el pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación del régimen económico matrimonial, porque no es sino hasta concluido el inventario cuando cualquiera de los cónyuges «podrá» solicitar la liquidación (art. 810 LEC), lo que significa, a su vez, que la determinación del activo y el pasivo de la comunidad matrimonial no exige necesariamente una petición de liquidación»*, sino que se desarrolla de forma independiente, por lo que *«conforma un procedimiento distinto al de la liquidación de la sociedad de gananciales»*. Y es este último, y no aquél, el que remite al procedimiento de división judicial de herencia (art. 810.5º LEC). De esta forma se rechaza el criterio mantenido por algunas audiencias (por ejemplo, por la SAP La Coruña 293/2012, de 19 de noviembre (rec. 393/2011), conforme al cual *«la jurisprudencia mayoritaria interpreta que el procedimiento especial que regulan los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece dos procesos independientes, uno para la formación de inventario y otro para la liquidación, división y adjudicación de los bienes, sino un único proceso en el que cabe distinguir dos fases, suponiendo ello que la aplicación de las previsiones del artículo*

carácter ganancial que le fue atribuido, lo que, en definitiva, constituye una declaración dominical que opera como presupuesto o antecedente lógico de la modificación del inventario y de la adjudicación de los bienes que formaron en su día la masa ganancial.»

13. La sentencia analiza este problema de la naturaleza y alcance del juicio verbal previsto en el artículo 809.2 LEC para la resolución de las controversias que surjan entre las partes sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, previo a la liquidación de la sociedad de gananciales; en concreto, resuelve la cuestión de si se trata de un juicio plenario o sumario y, por tanto, si la sentencia que en él se dicte produce o no eficacia de cosa juzgada: En definitiva, dice, *«lo que se somete a consideración de este tribunal es la cuestión siguiente: si tramitado un procedimiento de inclusión y exclusión de bienes en el inventario de la sociedad legal de gananciales de un matrimonio, al amparo del art. 809 de la LEC, es posible un nuevo juicio declarativo a los efectos de discutir las mismas pretensiones debatidas en aquel otro procedimiento finalizado por sentencia firme.»*

787.5 de la LEC sobre ausencia de eficacia de cosa juzgada debe extenderse, en virtud de la remisión del artículo 810.5 de la LEC a todo lo resuelto en el proceso especial.»

- b) En esta fase (de inventario) *«las partes pueden ejercer con plenitud su derecho de defensa, sin limitación de alegaciones fácticas y jurídicas, ni tampoco de los medios de prueba para justificarlas, la cognición judicial no se encuentra condicionada»; y, por ello, «estos procedimientos no ostentan carácter sumario, sino que nos encontramos ante auténticos juicios plenarios especiales a tramitar por el cauce del procedimiento verbal»*, por lo que no resulta aplicable el artículo 447 de la LEC, que priva de eficacia de cosa juzgada a determinadas sentencias dictadas en procedimientos que participan de las limitaciones propias de los juicios sumarios, al no existir norma alguna que prive de una eficacia de tal clase a las sentencias firmes dictadas en los procedimientos de formación de inventario.¹⁴

6. Concluido el primer procedimiento con la formación del inventario, *«y, en su caso, una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges (o, de haber fallecido, sus herederos) podrán solicitar la liquidación de este en la segunda fase del procedimiento»*, en la que, *«(d)e no lograrse el acuerdo entre los cónyuges o, de haber fallecido, sus herederos... se procederá, mediante diligencia, al nombramiento de contador y, en su caso, peritos, conforme a lo establecido en el artículo 784 de esta ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes»* (art. 810.1 y 5 LEC), que regulan el procedimiento para la división de la herencia. En él, si existe conformidad de las partes, las operaciones divisorias serán aprobadas por decreto del letrado de la Administración de justicia y, si no hubiera conformidad, el tribunal oír a las partes y admitirá las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal, y la sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (art. 787.5 y 6).

14. Y, como dijo la SAP Castellón, 42/2009 de 18 de mayo de 2008 (rec. 48/2008), *el supuesto no puede entenderse comprendido en la previsión contenida en el art. 447.2 in fine LEC, referida a procesos que versan sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria. Aunque no faltan opiniones autorizadas en otro sentido, no creemos que el cauce procedimental previsto en el art. 809.2 LECi contenga algún tipo de limitación relevante a las posibilidades de alegación, prueba y contradicción, que impida que puedan tratarse y resolverse cuestiones complejas con plenitud de garantías. No creemos que el designio del legislador de establecer un cauce procedimental eficaz (por rápido y ágil) para solventar el objeto procesal de la formación de inventario, haya redundado en una disminución de las posibilidades de enjuiciamiento y de las garantías de las partes como consecuencia de haber reconducido la controversia a la tramitación del juicio verbal.»*

A) ¿Es título ejecutivo la sentencia que pone fin al procedimiento con oposición? La respuesta debe ser afirmativa: el proceso de ejecución es el cauce adecuado para la efectividad de una sentencia que, previa la desestimación de la oposición que se haya formulado, aprueba las operaciones divisorias.

A primera vista, parece que se trata de una sentencia de naturaleza declarativa-constitutiva, por lo que estaría excluida de la ejecución propia (arts. 521.1 LEC). Sin embargo, ha repetido la jurisprudencia que la definición del contenido y naturaleza de los pronunciamientos de una sentencia no debe ceñirse a los términos literales del fallo, como si la utilización del término «condena» fuese inexcusable para entender producida esta. Por el contrario, habrá de estarse a una interpretación integradora del fallo para poder concretar si realmente la sentencia contiene o no la imposición de una obligación determinada a cargo de una de las partes en favor de la otra (V., por ejemplo, la STS de 19 de diciembre de 2001). Y esto es lo que ocurre en el caso que analizamos, en el que no se puede desconocer que el fallo contiene implícito también un pronunciamiento de condena, tal y como se deduce del art. 788.1 LEC, aplicable al proceso de liquidación de bienes gananciales por la remisión efectuada en el artículo 810.5 del mismo cuerpo legal: «*Aprobadas definitivamente las particiones, el Secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad....*» Si lo que debe entregar se encuentra en poder de una de las partes, y ésta se niega a ponerlo a su disposición, la vía a seguir no puede ser otra que la ejecutiva; no, obviamente, frente al letrado de la administración de justicia, obligado a entregar («procederá a entregar»), según el precepto, sino frente a la parte que se niega a poner el bien a disposición del mismo para que lo entregue. Y a tal fin, podrán acordarse cuantas medidas sean necesarias (entrega de bienes y de los correspondientes títulos de propiedad, abono de cantidades, etc.), dentro del tipo de ejecución (dineraria o no dineraria) que resulte procedente.

Si la vía ejecutiva es la adecuada, no hay que excluir la ejecución provisional de la sentencia pendiente de recurso de apelación porque, admitido que contiene pronunciamientos de condena susceptibles de ejecución definitiva, no concurre ninguna de las excepciones a la posibilidad de la provisional previstas en el art. 525 LEC.

B) ¿Supone un obstáculo a la posibilidad de ejecución la naturaleza sumaria del proceso? La respuesta debe ser negativa por expreso mandato legal. En efecto, dispone el art. 787.5, II LEC, aplicable también por la remisión contenida en el art. 810.5, antes vista: «*La sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente (art. 788.1, que antes veíamos), pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer*

los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.»

En lo que ahora interesa, la cuestión más relevante será la incidencia en la ejecución —definitiva o provisional— de la sentencia de la incoación del juicio declarativo posterior; y en concreto, si puede provocar la suspensión de aquélla. La respuesta debe ser negativa: *«Sólo se suspenderá la ejecución —dice el art. 565.1 LEC— en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución.»*; y esta norma expresa no se contiene en los preceptos siguientes de la LEC reguladores de casos en que procede la suspensión, ni tampoco en los artículos 806 y siguientes, relativos al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial que estamos considerando.

Cabe entonces preguntarse si es posible alegar en la ejecución la prejudicialidad civil. Nuestros tribunales han subrayado la generalización de los procesos declarativos en los que opera la prejudicialidad civil. Pero ha excluido su aplicación al proceso de ejecución. Así, el AAP Ourense, Sección 1ª, de 7 de marzo de 2019 (JUR 2017/107487) apela a la doctrina «prácticamente unánime» de las Audiencias en tal sentido y expone, además del carácter tasado de las causas legales de suspensión del proceso de ejecución previstas en el artículo 565.1 de la LEC, para la ejecución ordinaria, al que antes me refería, las siguientes razones:

- a) La redacción del artículo 43 de la LEC aboga por su aplicación exclusivamente a los procesos declarativos: *«el artículo 43 LEC —dice el auto— prevé la aplicación de la prejudicialidad civil cuando sea necesaria para resolver el objeto del litigio, expresión que no encaja en los procesos de ejecución en los que no existe un objeto de debate sobre el que resolver, al tratarse directamente de proceder a la ejecutividad de un título, judicial o de otra índole»*. Como dijo el AAP Madrid, Sección 25ª, de 1 de febrero de 2013 (JUR 2013/91767), los motivos que pueden servir de base para alegar dicha prejudicialidad civil o bien pueden ser alegados como motivo de oposición dentro del proceso de ejecución, o bien podrán ser invocados en un proceso ordinario posterior, pero no alegados como una cuestión prejudicial con el efecto de suspender la ejecución.
- b) No es admisible el argumento de que la prejudicialidad civil, debe considerarse aplicable a todos los procesos civiles, al encontrarse ubicada en el Libro I de la LEC («de las disposiciones generales relativas a los juicios civiles»); porque, igualmente, en el mismo Libro I y en el art. 40 LEC se contempla la prejudicialidad penal, pese a lo cual está prevista también en el Libro III, relativo a la ejecución: los arts. 569 LEC, en sede de suspensión de la ejecución en general, y 697, en el caso de ejecución sobre bienes hipo-

tecados o pignorados, prevén de forma expresa la suspensión (de la ejecución) por concurrencia de cuestión prejudicial penal, no conteniendo, en cambio, un precepto específico para la cuestión prejudicial civil, lo que implica que dicho supuesto no ha sido contemplado de modo expreso por el legislador como causa de suspensión de la ejecución.

- c) Dice el AAP Pontevedra, anteriormente citado: *«Se entiende, por otra parte, que no sea admitida la prejudicialidad civil porque bastaría con formular demanda en la que se cuestionase la validez de cualquier relación jurídica de la que directa o indirectamente derivase el título de cuya ejecución (extrajudicial) se trate para poder paralizarla, frustrando así la finalidad del propio proceso de ejecución al que ya no corresponde definir derechos, sino de poner en ejecución los que vienen ya reconocidos en títulos que por su naturaleza gozan de una fehaciencia especial».*

C) ¿Y si existe conformidad de las partes sobre las operaciones divisorias?

El procedimiento legal para la liquidación del régimen económico matrimonial tiene carácter supletorio, para cuando no existe acuerdo entre las partes (V. art. 789 LEC, aplicable por la remisión del art. 810.5). Estas podrán también, dentro del procedimiento (la comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia), alcanzar un acuerdo o mostrar su conformidad, expresa o tácita, a las operaciones divisorias realizadas por la contraria (art. 810.3 y 4 LEC). En tales casos, dice el art. 810.4 LEC, *«se consignará éste (el acuerdo) en el acta y se dará por concluido el acto, llevándose a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 788 de esta Ley.»* Es decir, se reconoce a dicho acto la eficacia ejecutiva de una transacción homologada.

Por su parte, si no se logra el acuerdo en alguna de las formas vistas, *«se procederá, mediante diligencia, al nombramiento de contador..., continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes.»* Por lo tanto, será aplicable el artículo 787 LEC, que prevé la oposición o la conformidad de las partes a las operaciones divisorias realizadas por el contador. En este último caso (conformidad), dice el art. 787.2, *«el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.»* Es decir, en tal caso, el decreto del letrado de la administración de justicia sustituye a la sentencia del juez.

La cuestión que se plantea es si dicho decreto es también un título ejecutivo y la respuesta —me parece— tiene que ser afirmativa, al amparo del art. 517.2-9º LEC; siquiera no pueda desconocerse que es un título ejecutivo peculiar, tal y como se recoge en el AAP de Cantabria, Sección 2ª, de 23 de enero de 2017 (JUR 2017/143890). Dice el auto: *«entendemos (en línea con el auto de la Audiencia Provincial de León de 5 de noviembre de 2008) que el decreto aproba-*

torio de las operaciones, ante la falta de oposición o la conformidad de las partes, es un título que implica el mandato previsto en el art. 788.1 LEC, en cuanto que <<Aprobadas definitivamente las particiones se procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado...>>, mandato que ha de estimarse ejecutivo (<<se procederá a entregar>>) o con una indudable fuerza ejecutiva.» «No obstante ello —continúa—, cierto es que, por su propia naturaleza, el decreto que aprueba las operaciones nace de la conformidad presunta —en cuanto que no expresada a través de una transacción o acuerdo que permita su homologación— derivada de no oponerse y forzar el incidente contencioso previsto en el art. 787 LEC, lo que implica ciertamente, a pesar de no ser un título de origen contractual porque nace de la ley, que más que ser considerado como una resolución procesal o arbitral de condena, de acuerdo con el art. 556 LEC para limitar las causas de oposición (en cuanto que no es ni una sentencia de condena firme, ni un laudo o resolución arbitral o un acuerdo de mediación, ni siquiera una resolución judicial que apruebe u homologue una transacción o acuerdo alcanzado en el proceso, ex art. 517.2.1 º, 2 º y 3º LEC), constituye una resolución procesal, no judicial, en cuanto que es dictada por un Letrado de la Administración de Justicia, que por disposición legal lleva aparejada ejecución (art. 517.2-9º LEC), de manera que se abre el abanico de las causas de oposición a las previstas en el art. 557 LEC.»

VIII | Proceso civil alemán 2.0

Tendencias de digitalización y multilingüismo

David Cuenca Pinkert
Profesor asociado (Lehrbeauftragter)
Universidad de Colonia, Alemania

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN TEMÁTICA Y RECONOCIMIENTO AL PROFESOR CACHÓN. 2. EL ACTUAL PROCESO CIVIL ALEMÁN Y SU *STATUS QUO*. 3. PROCESO ALEMÁN 2.0 Y SU ACTUAL TRANSFORMACIÓN EN EL SIGLO XXI. 3.1. TENDENCIAS DE DIGITALIZACIÓN. 3.2. TENDENCIAS DE MULTILINGÜISMO. 4. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción temática y reconocimiento al Profesor Cachón

Antes de comenzar *in medias res* con la temática aludida en el título de esta contribución, sería un útil menester exponer sucintamente unas palabras acerca de la ocasión que dió fruto a la redacción de este breve texto, nada menos que el homenaje a una de las figuras más célebres y pioneras en España de la investigación procesal del siglo XXI. El profesor *Manuel-Jesús Cachón Cadenas*, Catedrático de Derecho procesal en la Universidad Autónoma de Barcelona, goza de un singular reconocimiento a nivel nacional, internacional y hasta intercontinental, gracias a su contundente obra y labor de investigador, docente, autor e interlocutor.

Personalmente, tuve el honor de conocer al profesor Cachón en el marco de los Diálogos Procesales en la Universidad Autónoma de Barcelona, a los cuales amablemente me invitó y acudí como ponente, para presentar mi tesis doctoral, publicada en una editorial alemana anteriormente. Dado que en su momento estudié un tema procesal en derecho comparado —especialmente en derecho alemán y español— me fueron gratos y bienvenidos todos los impulsos que me concedía el profesor Cachón durante el proceso de monografía de la tesis. Estos impulsos y guías de parte del profesor Cachón Cadenas finalmen-

te dieron fruto asimismo al ánimo en publicar una versión homóloga en castellano de mi tesis.

Dados los estrechos vínculos entre investigadores alemanes y españoles, la fuerte influencia de la dogmática germana en el proceso español, el gran interés del ilustre profesor Cachón por los desarrollos del derecho procesal en otras jurisdicciones y el valor de fomentar los lazos hispanoalemanes en el área del derecho (procesal), me complace poder mostrar mi gratitud y consideración, rindiéndole el presente escrito y tributo a su libro homenaje —sobre el proceso civil alemán 2.0: Tendencias de digitalización y multilingüismo.

2. El actual proceso civil alemán y su *status quo*

Antes de todo, me gustaría hacer una breve sinopsis del *status quo* en el que se halla el proceso civil alemán de la actualidad, pues los estudios académicos en castellano acerca de este tema poseen un carácter más que residual y de escasa presencia. Muchas voces hablan del proceso civil alemán como un logro histórico y de los numerosos países que lo envidian por establecer una Justicia económica, eficaz y constitucional.¹⁵ Y, efectivamente, a nivel global podemos constatar que la Justicia teutona reúne las virtudes que, de tradición y hecho, caracterizan a este país: disciplina, rigor, rapidez, fácil acceso a la justicia y una buena organización.¹⁶ Mientras que otras jurisdicciones de europa occidental y, sobre todo, de ultramar, luchan todavía contra importantes desafíos, tales como la duración alargadísima de procedimientos civiles, la sobrecarga judicial ya cronificada, e imparcialidad y desconfianza ante la Justicia; Alemania, en cambio, aparenta ser casi imune a estos flagelos. Es más, la administración judicial alemana siente hasta zozobra al constatar un menguante número de procesos civiles incoados desde hace unos años.¹⁷ Pero ésta no es la única explicación para el buen funcionamiento del sistema. Hay que destacar también aspectos como la acentuada capacidad de los jueces de resolver litigios de forma rápida, la fuerte descentralización de la Justicia y la falta de un órgano equivalente al Consejo General del Poder Judicial español.

Sin embargo, podemos observar que el país germano está afrontando un panorama complejo compuesto por serios problemas de recesión, identitarios y de inversiones desacertadas, potenciando dilemas que —aunque a primera vista no parezcan trascendentales— ponen en jaque su fuerte emplazamiento

15. Prütting, Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?, en: AnwBl 6/2013, 401.

16. Gaier/Freudenberg, Ist die Zivilprozessordnung noch ein modernes Verfahrensrecht?, en: ZRP 2013, 27.

17. Kilian, Rückläufige Eingangszahlen in der Justiz, en: AnwBl 7+8/2022, 418 y s.

económico y, por ende, toda la sostenibilidad de su Justicia en un futuro. Estos dilemas son, básicamente, la **carencia de innovación, modernidad e inversiones necesarias**. Aunque el país pisa el acelerador en lo que concierne a estos temas en los últimos años planteando una multitud de reformas al respecto, una transformación de tal dimensión no puede llevarse a cabo de la noche a la mañana.¹⁸ Por ende, sería erróneo afirmar que el proceso civil alemán no tiene problemas; **el punto clave es que tiene otros**, propios de un estado más desarrollado, como expondré más adelante.

3. Proceso alemán 2.0 y su actual transformación en el siglo XXI

A diferencia del ordenamiento español, que dio la bienvenida al nuevo milenio con la publicación en el BOE de una Ley de de Enjuiciamiento Civil completamente nueva que entró en vigor un año más tarde que su homólogo germano, **la Ordenanza del Proceso Civil (*Zivilprozessordnung*, en adelante: ZPO)** alemana no gozó de ninguna reforma incisiva que la hubiese preparado para los retos y desafíos del siglo XXI. Por el contrario, dicha ley tiene sus orígenes en el remoto *reich* alemán, concretamente fue uno de los códigos – junto con la Ordenanza de Proceso Penal (*Strafprozessordnung*), la Ordenanza de la quiebra (*Konkursordnung*) y la Ley del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*), entre los más importantes —que entraron en vigor el 1 de octubre del 1879— dos años antes que la antigua LEC —y que recibieron la nomenclatura conjunta de ***Reichsjustizgesetze***.¹⁹ A la ZPO se la conoce como la «madre de todas las ordenanzas procesales», pues los códigos alemanes sobre el procedimiento de lo contencioso-administrativo, fiscal, laboral y de la jurisdicción social nacieron posteriormente, en la segunda mitad del siglo XX, y remiten a ella en numerosas partes.

Si bien las normas del procedimiento civil alemán saben conjugar perfectamente la sólida dogmática germana influenciada por célebres figuras como *Wilhelm Kisch*, *Peter Gottwald* o *James Goldschmidt* con una gran eficacia y practicabilidad, es obvio que por su edad las normas adolecen de un flagrante déficit innovador y, por ello, tienen que adaptarse paulatinamente a las exigencias de la era digital en la que vivimos.²⁰ En este sentido, las reformas en la ZPO se llevaron a cabo gota a gota, motivo por el cual esta ley nunca ha podido deshacerse de un cierto sabor ancestral, manifestado en alguna que otra expresión arcaica, propia de la ZPO.

18. Greger, Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse, en: NJW 2019, 3429, 3432.

19. Kissel, 125 Jahre Reichsjustizgesetze, en: NJW 2004, 2872 y ss.

20. Gaier/Freudenberg, Ist die Zivilprozessordnung noch ein modernes Verfahrensrecht?, en: ZRP 2013, 27.

A lo largo de los años y décadas, la ZPO se reformó en múltiples ocasiones, considerando la fuerte influencia de las partes judiciales en el proceso y el amplio régimen de recursos que en cierto modo ralentizaba el procedimiento; y se quiso acelerarlo concediéndole al juez mayores competencias. En este sentido, tras el cambio de gobierno en 1998, una eminente reforma se llevó a cabo mediante la ley de reforma de la ZPO del 27 de julio del 2011, que entró en vigor el 1 de enero del 2002 y que preveía la aceleración y simplificación del proceso civil mediante instrumentos de resolución extrajudicial (amistosa) de litigios, de fortalecimiento de la primera instancia, de ampliación de la instancia de apelación y de restricción de la instancia de casación.²¹ El éxito, sin embargo, no fue el esperado.

A raíz de este afán reformador, surgieron posteriores enmiendas, de diferente tamaño, entre las que destaca la del 2019, aunque no tanto en términos de digitalización, como al aumento de eficacia. Observamos, de hecho, que el ímpetu por crear un proceso cada vez más eficaz —el hilo conductor de todas las reformas— al fin y al cabo ha acarreado un cierto descuido respecto a las exigencias de la era de la globalización digital: un tema incómodo para un país en el que se hace cada vez más patente lo añeja y anacrónica que son su Justicia y sus instalaciones en el año 2024.

En lo que sigue, me basaré en dos ejes temáticos: La digitalización y el multilingüismo.

3.1. Tendencias de digitalización

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, podemos apreciar varias tendencias de modernizar y digitalizar el proceso civil alemán, aunque a de día de hoy de estos propósitos se han materializado solo algunos.

a) *Buzón electrónico especial para abogados*

Sin duda, el hito lo marcó la introducción del buzón electrónico especial para abogados (*besonderes elektronisches Anwaltspostfach*, llamado beA), cuyo uso activo es obligatorio desde el 1 de enero del 2022 y está regulado en el § 31bis de la *Bundesrechtsanwaltsordnung* (BRAO), equivalente al Código deontológico de la Abogacía.

21. *Münch*, Die „neue“ ZPO: bedeutende Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahrensrecht (Teil I), en: DStR 2002, 85 y ss.

Mediante este buzón electrónico se quiso implementar un canal de comunicación electrónica especialmente seguro entre abogados, así como entre los abogados y la Administración.²² Ya que su uso facultativo en años anteriores no surtió el efecto deseado —en una comunidad de abogados ejercientes cada vez más envejecida, con cada vez menos colegiaciones y mayoritariamente cohibida ante innovaciones digitales—, se optó por un uso preceptivo de este canal, y la abogacía tuvo que adaptarse a él —aunque fuera a regañadientes.²³ Básicamente, se precisa la tarjeta beA, un lector de tarjetas, un código PIN y un certificado digital que permite asimismo la firma digital.

Fue tan controvertida la introducción del buzón especial obligatorio para abogados que incluso tuvo que pronunciarse el Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en el marco de un recurso de amparo interpuesto por un abogado acerca de su constitucionalidad.²⁴ Pues, por un lado, los partidarios afirman que este sistema ayuda a ahorrar gastos relacionados a la comunicación análoga, facilita un ejercicio más flexible y seguro de la abogacía y conlleva un ahorro de tiempo, incentivando del mismo modo una Justicia más moderna y digitalizada.²⁵ Por otro lado, los detractores sostienen que se trata de un sistema propenso a errores, problemático a nivel de protección de datos y que se le obliga a la abogacía a incurrir en gastos relacionados a su implementación. El Tribunal Constitucional Alemán desestimó el recurso²⁶ basado en una violación del derecho fundamental al trabajo, la *Berufsfreiheit*, amparada en el art. 12 de la Ley Fundamental de Bonn y que equivaldría al derecho al trabajo de la Constitución Española, señalando que aquí se trata de una disposición que regula la manera del ejercicio de la profesión y no la habilitación en sí. En consecuencia, es suficiente que existan «consideraciones razonables del bien común» para guardar la proporcionalidad, las cuales pueden verse en el incentivo de la comunicación electrónica, en la creación de una comunicación rápida y segura con la Justicia y en la reducción de los costes.²⁷

En este sentido, resulta especialmente rocambolesco que tan solo dos días tras haberse dictado susodicha sentencia y tras haber negado el Tribunal que pudiesen existir dudas de seguridad (una tesis bastante osada), tuvo lugar el llamado «desastre del beA», a raíz del cual el colegio de abogados federal (*Bun-*

22. Brosch/Sandkühler, Das besondere elektronische Anwaltspostfach – Nutzungsobliegenheiten, Funktionen und Sicherheit, en: NJW 2015, 2760 y ss.

23. Lapp, Das beA im täglichen Einsatz in der Kanzlei, in: RD 2023, 471, 472 (aptdo 4).

24. BVerfG, Auto del 20.12.2017 – 1 BvR 2233/17.

25. Sczech, Elektronischer Rechtsverkehr, beA,-E-Akte – ein Plädoyer für den Weg in die digitale Justiz, en: NJW-Beil. 2016, 107 y ss.

26. BVerfG, Auto del 20.12.2017 – 1 BvR 2233/17.

27. BVerfG, Auto del 20.12.2017 – 1 BvR 2233/17.

desrechtsanwaltskammer) tuvo que desconectar temporalmente la plataforma beA, pues se detectaron riesgos de seguridad relacionados al certificado digital. Los efectos de la sentencia, obviamente, permanecieron incólumes.

A día de hoy, el beA continúa siendo —a pesar de que la abogacía haya empezado a valorar sus ventajas— una plataforma ambivalente, pero menos a causa de los potenciales riesgos de seguridad, sino por su precaria fiabilidad técnica.²⁸ De momento, habrá que esperar a cuándo se convertirá obligatorio un tal buzón electrónico también para otras profesiones, como por ejemplo para traductores, y quizás también para la sociedad en general. Finalmente, a nivel práctico, le convendría introducir un sistema de visor del expediente judicial electrónico para poder consultar telemáticamente su estado; una plataforma que ya es estándar en España o también en algunos países latinoamericanos, como por ejemplo en Argentina.

b) Tramitación digital de expedientes

Otra reforma de gran trascendencia, en cierto modo ligada a la del buzón electrónico, se llevará a cabo con la entrada en vigor de la Ley mediante la que se introduce el expediente digital en la Justicia y del ulterior fomento de las relaciones jurídicas electrónicas,²⁹ proyectada para el 1 de enero del 2026 y cuya transformación se llevará a cabo gradualmente en etapas. El hecho de que esta ley se promulgara en 2017 ya muestra los obstáculos que se le atribuye a la reforma, de modo que algunas voces la perciben como «callejón sin salida».³⁰ De hecho, ésta en la página oficial de la Justicia de Renania del Norte Westfalia se viene anunciando como «proyecto mastodóntico» (*Mammutprojekt*) en la historia de la Justicia alemana,³¹ haciendo alusión al exorbitante trabajo que le espera a los funcionarios, en vista de la infinidad de expedientes impresos que existen y que desde hace tiempo causan problemas de espacio y almacenamiento.

En esencia, la reforma contempla la introducción definitiva de expedientes electrónicos, condenando a aquellos impresos del pasado —algunos tan extensos que han de juntarse con correas— por lo que se les denomina irónicamente *Gürteltiere*, literalmente «animales de correa», en castellano armadillos.

28. Lapp, Das beA im täglichen Einsatz in der Kanzlei, en: RD 2023, 471, 472 (aptdos 31 y ss.).

29. Original: Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs.

30. Greger, Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse, en: NJW 2019, 3429.

31. https://www.justiz.nrw/Gerichte_Behoerden/zentraler_dienstleister/e_akte/index.php.

Dado que el expediente digital mayoritariamente se aprecia como una innovación positiva, una notable cantidad de juzgados y tribunales en toda Alemania han decidido adelantarse y ya han materializado gran parte de este proyecto. De este modo, los tribunales de trabajo (*Arbeitsgerichte*) del *land* de Sajonia ya trabajan con el expediente electrónico. Otros, como los juzgados y tribunales de lo penal, sin embargo, van más rezagados, alegando mayores complejidades a la hora de digitalizar pruebas, también parte de los expedientes, como carnés u otros objetos.

En vista del camino pedregoso que le queda por recorrer a la Justicia alemana, marcado por insuficientes inversiones, equipamientos electrónicos desfasados y problemas técnicos perennes, es incierto si Alemania consigue lograr el reto de la justicia digitalizada en la fecha mágica del 2026. La asociación nacional de jueces y magistrados en Alemania (*Deutscher Richterbund*), por su parte, adoptó a finales del 2022 adoptó una postura crítica y escéptica al respecto, pero los visibles esfuerzos hasta ahora son rayos de esperanza.

c) *Juicios telemáticos*

A principios del 2020, la crisis sanitaria del covid-19 sorprendió a una Justicia totalmente desprevenida, casi incapaz de celebrar juicios y audiencias online, obligando a los órganos jurisprudenciales a posponer a aquellos que no fueran del todo urgentes. Fue éste el toque de diana para un sistema adormecido que en aquellos tiempos consideraba inusual e innecesaria la opción del juicio en línea.

Cabe destacar que el juicio a distancia ya fue regulado en el § 128bis ZPO más de veinte años atrás, concretamente a comienzos del año 2002. Pero no fue hasta el 1 de noviembre del 2013 que se le concedió a las partes el derecho de conectarse desde otro lugar. No obstante, tal y como lo estatuye la norma actual, esta formulación da lugar a que el juez pueda denegar fácilmente la opción del juicio en línea solicitado a instancia de una parte, si al juez, como suele pasar a menudo, le resultara molesto este tipo de proceso, dado que la norma reza «*el juzgado/tribunal puede permitir a instancia de*».³²

Ahora bien, la reforma que está sobre la mesa contiene varias enmiendas a fin de ampliar su ámbito de aplicación, con la intención de forzar así indirectamente su activación. En primer lugar, en lugar de una opción a la audiencia online, se prevee la disposición judicial por parte del juez —sin necesidad del consentimiento de las partes— a que se lleve a cabo este tipo de proceso. En

32. Original: „Das Gericht kann [...] auf Antrag [oder von Amts wegen] gestatten«.

segundo lugar, se contempla el propio derecho de cada una de las partes de solicitar que se celebre la audiencia de forma telemática. En este caso, será el juzgado o tribunal cómo órgano (y no el juez o el magistrado presidente) quien deberá poder denegárselo, y sólo en casos excepcionales que precisan de justificación. Asimismo, se prevee la celebración de audiencias híbridas, es decir, el juez estará presente y las partes asisten de forma virtual, o bien la posibilidad de que el juez acuda telemáticamente.

A pesar de las ventajas que ofrece este régimen, también han de señalarse los escollos legales que emanan de él. Por un lado, la salvaguarda del principio de publicidad, que es el que garantiza que el juicio se celebrará a puertas abiertas, y, en consecuencia, evita una justicia sumergida.³³ En el ordenamiento alemán, esta garantía está prevista en el § 169.1 de la *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), su Ley Orgánica de la justicia, que sería equiparable a la Ley Orgánica del Poder Judicial en España. Así las cosas, la doctrina sostiene que no habría violación de este principio si se transmitiese la audiencia en vivo a una sala del juzgado accesible al público, pero no por internet.³⁴ Por otro lado, también ha de tenerse en consideración que el juicio telemático altera el recibimiento a prueba tal y como se celebra de forma presencial. Hay voces en la doctrina que, con razón en cierto modo, sostienen que a la audición telemática —por ejemplo, de los testigos— le es inherente una merma de valor probatorio.³⁵ Por ello, se prevé una nueva regulación sobre la audición que se ajuste estructuralmente al nuevo § 128bis ZPO.

A final de cuentas, si bien es cierto que el juicio telemático entraña inconvenientes como el *de facto* reducido valor probatorio de testigos (pues nunca será lo mismo interrogar a un testigo en una zona de confort para él que de forma presencial en una sala), las ventajas que ofrece este sistema son patentes: no solamente facilitamos y economizamos a nivel temporal y pecuniario la celebración del juicio (en casos en los que resultaría incómodo o una molestia asistir presencialmente, como sucede muchas veces con los letrados), sino que también posibilitamos la contribución a la Justicia en casos, por ejemplo por motivos de enfermedad o movilidad reducida, comprometerían la asistencia a la audiencia. Se trata, por ende, de una solución pragmática.

33. *Jacobs*, en: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage 2020, § 169 GVG, aptdo 4.

34. *Stadtler*, en: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung, 20. Auflage 2023, § 128a, aptdo 2; *Schultzski*, Digitalisierung der mündlichen Verhandlung und Wortprotokoll, en: AnwBl 2021, 290 y s.

35. *Fritsche*, en: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 128a, aptdo 15.

d) *Ulteriores visiones y propuestas*

Más allá de las reformas esbozadas anteriormente, existen ulteriores propuestas de naturaleza más difusa y visionaria a día de hoy, algunas más realistas que otras.

Cabe mencionar, ante todo, la introducción de la demanda civil electrónica. Consiste básicamente en una plataforma digital gestionada por el Ministerio de Justicia, mediante la cual se permitiría interponer una demanda civil (de momento hasta una cuantía de 5.000,00 euros) de manera completamente digital. El quid de este proyecto es, que estará programado de modo que el demandante es guiado mediante un sistema de preguntas y respuestas, facilitando así que una persona presente una demanda correctamente sin representación de un letrado. Las ventajas de este dispositivo radicarían en la reducción de trabajo a la hora de administrar este tipo de demandas, en un acceso más fácil e inmediato a la justicia y en su mayor eficacia dada la interposición virtual. Inicialmente, se preveen proyectos piloto en determinados juzgados de primera instancia, que son los que según la normativa procesal civil alemana son competentes para causas con un valor de la demanda hasta 5.000,00 euros.³⁶ Si bien es cierto que el proyecto tardará bastante tiempo hasta que madure, no se trata de una idea inédita, ni a nivel internacional ni en su ordenamiento autóctono,³⁷ pues el proceso monitorio, un tipo de proceso frecuentemente incoado dada la exención total de presentar pruebas, ya se lleva a cabo de forma íntegramente digital. Eso sí, si la plataforma fuera igual de complicada y confusa como la del monitorio, la reforma fracasará.

En este sentido, un planteamiento estrechamente ligado a la demanda electrónica sería la introducción de una sede judicial electrónica, mediante la cual el ciudadano pueda comunicarse con la Justicia sin más barreras y la fomentación de la formulación de «alegaciones estructuradas» (*strukturierter Parteivortrag*),³⁸ es decir, de una demanda formalmente estructurada, posiblemente en base a un «documento básico común», pensado para descongestionar el atasco que producen las demandas redactadas de manera innecesariamente engorrosa única y exclusivamente para provocar tácticamente un retardo procesal. Mientras que los jueces y magistrados se se muestran generalmente proclives a dichas remodelaciones, no es especialmente sorprendente que la abogacía

36. Si bien actualmente se discute elevar el límite a 8.000 euros.

37. *Piroutek*, en: Steege/Chibanguza, *Metaverse*, 1. Aufl. 2023, § 30 Rechtsschutz, aptdos 48 y s.

38. *Kilian*, *Strukturierter Parteivortrag, elektronischer Nachrichtenraum*, en: *AnwBl* 2023, 548; *Köbler*, *Die kontroverseste Idee: Strukturierter Parteivortrag*, *AnwBl* 2021, 283 y s.; *Greger*, *Strukturierung des Parteivortrags und des Verfahrens*, en: *AnwBl* 2021, 284.

afronte algunas³⁹ con cierta antipatía ante el temor de ser sustituidos y de perder parte de su trabajo cotidiano. Al fin y al cabo, no es injustificado este riesgo, inherente a la tan anhelada modernización de la Justicia, dado que todo el sistema en cierto modo vive del hecho de que esté fuertemente personalizado y si este sistema se llegara a formalizar y simplificar tanto hasta el punto que sólo habrá que insertar datos, no sería estrafalario ver puesta la profesión del abogado en jaque a largo plazo.

2.2. Tendencias de multilingüismo

El proceso civil alemán, genuinamente monolingüista, muestra varias tendencias de multilingüismo que se manifiesta especialmente en una apertura hacia el inglés; un idioma que, a veces tratada de *lingua franca*, por su influencia del Derecho anglosajón en procesos como el arbitraje, ya viene desempeñando un papel importante y compite con el alemán.⁴⁰ Son varios los motivos de este desarrollo hacia la diversidad lingüística, pero son sobre todo de naturaleza histórica y sociopolítica, como explicaré en adelante.

a) *Apuntes al régimen lingüístico y al principio del monolingüismo*

En primer lugar, cabe decir que el legislador alemán creó en su día un propio régimen con normas en lo atinente a las cuestiones lingüísticas en los §§ 184 hasta 191bis del GVG. Al igual que esta última, el GVG no sólo se aplica al proceso civil, sino también a las demás materias, especialmente al proceso penal.⁴¹

Su primer artículo introduce el régimen lingüístico con una escueta pero tajante afirmación: «El lenguaje de la justicia es el alemán».⁴² Ésta es, por tanto, la regulación que estatuye el principio del monolingüismo en el proceso alemán, anclada en el hecho de que alemán es la única lengua oficial del país.⁴³ Aunque el § 184 GVG prevee también en su segunda frase una garantía a favor de la etnia lingüística de los sorabos de poder hablar sorabo en los Tribunales de

39. Römermann, Die Anwaltschaft ist kein Hilfsorgan der Justiz, AnwBl 2021, 285 señala que los letrados se niegan a verse como „órgano ayudante de la Justicia».

40. Acerca de lenguas extranjeras en el proceso civil alemán véase Armbrüster, Fremdsprachen in Gerichtsverfahren, en: NJW 2011, 912 y ss.

41. Jacobs, en: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage 2020, § 184 GVG, aptdo 3.

42. En original: Die Gerichtssprache ist deutsch.

43. La Ley Fundamental de Bonn (Grundgesetz) no lo prevee de forma expresa, pero sí lo hace el § 23 del Verwaltungsverfahrensgesetz, que es la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania.

los distritos de origen de esta población, la relevancia de esta excepción ha quedado casi completamente obsoleta, pues la población soraba, un pueblo eslavo residente en la Alemania oriental y con reconocimiento como minoría nacional, se reduce hoy a unas 60.000 personas aproximadamente, de las cuales una gran parte domina el alemán. Susodicha excepción es, por ende, básicamente una reliquia histórica que emana del afán de tutelar a minorías nacionales.⁴⁴

Los subsiguientes artículos, es decir, los §§ 185 y ss. GVG regulan de una manera más detallada el uso de la lengua alemana en el proceso, precisando sobre todo los supuestos en los cuales es preceptiva la traducción e interpretación. Alemania, una nación que desde hace años es, dentro de la Unión Europea, uno de los principales y más populares destinos de inmigración de terceros países, ha tenido que acondicionarse al hecho de que aumenta progresivamente el número de personas extranjeras sin conocimiento del idioma que comparece ante un Tribunal germano, ya sea como parte civil o, lamentablemente, como acusado en el proceso penal. En consecuencia, el uso de intérpretes ha cobrado una gran relevancia, especialmente en virtud de la obligación, anclada en el § 185.1.1 GVG, según la cual debe haber asistencia de un intérprete en tanto y cuando intervengan personas en cualesquiera proceso que no dominen el alemán.

En este sentido, debemos mencionar también una regulación llamativa en este régimen, en concreto el § 185.2 GVG, que contempla la posibilidad de juzgar una causa en un idioma extranjero, si diera el caso que todos los implicados hable este lenguaje. Si bien, en vista de una posible amenaza del principio de la publicidad procesal, la doctrina alemana aboga por una aplicación restrictiva de esta norma,⁴⁵ se puede deducir del panorama descrito una actitud claramente abierta del proceso germano hacia un multilingüismo.

b) Tribunales comerciales angloparlantes

La faceta más importante del afán de internacionalizar el proceso civil alemán se manifestó en la idea de crear los llamados *Commercial Courts* y *Commercial Chambers*; resplandecientes anglicismos que apuntan a la implementación de Tribunales comerciales y de salas de lo comercial dentro de algunos Tribunales, en los que la audiencia se lleva a cabo plenamente en inglés.

44. *Jacobs*, en: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage 2020, § 184 GVG, aptdo 9.

45. *Jacobs*, en: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage 2020, § 185 GVG, aptdo 10.

Este proyecto de ley,⁴⁶ que aún precisará la aprobación parlamentaria, radica en la voluntad del legislador alemán de hacer más atractivo el país a nivel mundial, especialmente ante el temor por parte de un ministerio de Justicia gobernado por un liberal (FDP), de que una nación económicamente tan desarrollada se quede desacoplada a escala internacional a la hora de juzgar disputas comerciales transfronterizas, máxime cuando ya se registra una notable merma de incoación de procedimientos ante los Tribunales Regionales (*Landgerichte*).⁴⁷

El proyecto contempla la creación de salas de lo comercial en los Tribunales Regionales para resolver «disputas comerciales» (*Wirtschaftsstreitigkeiten*) en procedimientos de habla puramente inglesa, siempre y cuando ambas partes convengan en tal manera de proceder o bien la parte demandada no la objete. Además, se prevee la introducción de Tribunales comerciales en las audiencias territoriales del land (*Oberlandesgerichte*) para disputas comerciales que tengan una cuantía litigiosa de al menos un millón de euros. Todo ello deberá ir acompañado de audiencias telemáticas, traducción de las sentencias al alemán y una simplificación de la admisión del recurso de casación.⁴⁸

No en vano, este proyecto de ley supone, indiscutiblemente, un importante desafío, afectando al tendón de Aquiles de un país, cuya población general y transversalmente posee un buen dominio del inglés, pero cuya destartada Justicia y Administración pública está totalmente rezagada en temas de digitalización, modernización e internacionalización, y es sacudida por una falta crónica de inversión por parte de la política interior, motivo por el cual hasta el momento también han sido infructuosos los intentos —si bien muy controvertidos—⁴⁹ de implementar el inglés como segunda lengua oficial en la Administración pública. En consecuencia, se pronostican ciertas dificultades a la hora de materializar esta futura ley por lo que respecta a la elección de magistrados que posean las habilidades lingüísticas precisas, a la inversión de los fondos necesarios para la formación y al arduo proceso de transición.⁵⁰

46. En original: Justizstandort-Stärkungsgesetz.

47. Estudio del Forschungskonsortium zur Untersuchung des „Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten«, Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten«, Berlín, 21 de abril del 2023.

48. Proyecto de ley: „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit« (Justizstandort-Stärkungsgesetz), BT-Drucksache 20/8649 v. 6.10.2023.

49. Aden, Zwischenruf Die Sprache in Deutschland ist klares Deutsch, en: ZRP 2011, 120 y ss.

50. Burianski/Fleckenstein, Commercial Courts und Schiedsverfahren. Gelingt die Aufholjagd zugunsten des Justizstandorts Deutschland?, en: ZRP 2023, 162 y ss.

c) *El uso del francés en el land del Sarre*

En segundo lugar, cabe mencionar el uso ocasional del francés en algunos Juzgados y Tribunales en Sarre, un *land* limítrofe con Francia y Luxemburgo, que históricamente (habiendo sido territorio ocupado durante la Segunda Guerra Mundial) posee una fuerte influencia gala. Tras el Tratado del Sarre del año 1956, un acuerdo entre la República Federal de Alemania y Francia, el Sarre volvió a formar parte de Alemania y, por tanto, está sujeto al Poder Judicial alemán.⁵¹

No obstante, los lazos históricos con Francia y Luxemburgo siguen estando presentes en la Justicia contemporánea del *land*, máxime cuando hay vínculos comerciales estrechos entre empresas francesas y alemanas, cuyos litigios oportunamente deben resolverse en francés, la lengua típicamente usada por ellos para los negocios. Ese es el motivo por el cual surgió la necesidad de implementar parcialmente el francés como lenguaje de la Justicia.

A raíz de tal requisito, en el año 2019, se decidió introducir una sala de lo comercial francófona en el Tribunal Regional de Saarbrücken (*Landgericht Saarbrücken*), la capital del *land*, que sería competente para litigios civiles y comerciales transfronterizos. Para ello, es preciso que ambas partes, que también pueden ser personas físicas, estén de acuerdo con que sea competente este tipo de sala. Ya que —a pesar del uso común del francés en la población— el alemán es la lengua oficial del *land* Sarre y, en consecuencia, lenguaje de la justicia, los escritos y las sentencias tienen que estar redactados en idioma alemán. Es decir, la excepción se aplica a la audiencia verbal y a otras vistas informales. En la Sala están implicados tanto magistrados como jueces comerciales (*Handelsrichter*), aunque estos últimos no son profesionales, sino personas con vasta experiencia en asuntos comerciales, cuya lengua nativa es el francés. En general, la competencia nativa del francés es un requisito imprescindible para ejercer el poder judicial en este tipo de sala.⁵²

Una interfaz particular entre lenguaje y derecho emerge en el caso de la aplicación del derecho francés ante este tipo de Tribunales. En derecho alemán, en base al § 293 de la ZPO, en supuestos de aplicación de derecho foráneo según las normas de conflicto del derecho internacional privado, la aplicación del derecho extranjero por un Tribunal es preceptiva y ha de llevarse a cabo *ex officio*. Dada la falta de conocimiento, por regla general, del derecho foráneo por un juez o magistrado alemán, las cátedras universitarias de derecho inter-

51. Kirchmeier, War die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Saarland vor dessen Eingliederung in die Bundesrepublik Deutschland durch französisches Recht beeinflusst?, en: NVwZ 2002, 439 y ss.

52. https://www.saarland.de/lgsb/DE/institution/Franzoesischsprachige_Kammer/franzkammer_node.html.

nacional privado suelen emitir informes acerca de cómo debe aplicarse el derecho extranjero específico al supuesto objeto de solicitud. Así ocurre, en consecuencia, también con ordenamientos recurrentes como el español en material de sucesiones, por ejemplo, o con el sistema francés, sobre el que se emiten informes con regularidad para los órganos jurisprudenciales en toda Alemania. En este sentido, las salas de lo comercial mencionadas tienen la ventaja de poder acceder directamente a peritos especializados en derecho francés y luxemburgués (siendo este último un sistema de derecho románico fuertemente influenciado por el derecho civil napoleónico), que se pronuncian acerca de las normas pertinentes de los respectivos ordenamientos, eludiendo así la ardua y burocrática vía de tener que solicitarles un informe a las cátedras universitarias.

Con todo, la excepción sociohistórica y geográfica del uso del francés como lenguaje jurídico en algunos Tribunales del Sarre es, junto al incentivo del inglés, otra reciente manifestación del multilingüismo practicado en la Justicia alemana.

d) *Apuntes generales al multilingüismo en la justicia*

La idea del tribunal políglota no es inédita a nivel global, sino, de hecho, un fenómeno bastante común. Podemos observar que en muchos lugares del mundo en los que se produce un contacto lingüístico, por motivos geográficos, históricos, sociopolíticos, etc., surge un multilingüismo en la justicia. En este sentido, quizás el ejemplo más célebre es el de la coexistencia del inglés y del español en Estados Unidos, un país que por motivos de una fuerte inmigración latina experimenta ya desde hace años una verdadera expansión del español y en el que muchos jueces y letrados lo dominan perfectamente, motivo por el cual hay voces que reivindican su implementación oficial en los Tribunales, (máxime cuando se desbordan los gastos de traducción e interpretación a un idioma que potencialmente hablen todos los implicados y, por ello, resulta ser mera formalidad). A la luz de este desarrollo, en la doctrina se habla de *bilingual courtroom*.⁵³ Otros ejemplos modélicos de coexistencia de dos lenguas, serían el del contacto entre el francés y el inglés en Quebec (Canadá)⁵⁴ o, en términos de ejemplos autóctonos, el contacto entre el catalán y el castellano en Cataluña (España).⁵⁵

53. Berk-Seligson, *The Bilingual Courtroom. Court Interpreters in the Judicial Process*, 1990.

54. Jiménez Salcedo, *Bijuridismo, bilingüismo y terminología jurídica en francés: el caso canadiense*, en: *Anales de Filología Francesa*, n°18, 2010, pp 301y ss.

55. Véase el art. 13.2 de la Ley de política lingüística y el art. 231.4 de la Ley orgánica del poder judicial.

En virtud de los fenómenos descritos y a la hora de posicionarse a su respecto, siempre pueden alegarse razón a favor y en contra de un multilingüismo en la Justicia. Sin embargo, debemos recordar que los procedimientos legales, especialmente los civiles, suelen surgir a raíz de la necesidad de las personas que o bien pretenden hacer valer sus derechos o bien defenderse ante reivindicaciones ajenas. Es por ello que el lenguaje, un medio genuinamente dinámico debe, en mi modesta opinión, ajustarse a las necesidades de los respectivos ciudadanos y no viceversa, pues, en caso contrario, creamos un régimen que tan sólo rezumaría gastos inútiles, burocracia y mero formalismo, espantando de este modo todos aquellos que dependen de él constitucionalmente. Desde un punto de vista jurídico-dogmático, hay voces doctrinales y doctrinas jurisprudenciales en Alemania que abogan por interpretar la regulación sobre el lenguaje jurídico, en su caso el § 184 GVG, conforme al derecho de la unión europea, de modo que fuera admisible cualquier lenguaje oficial de la UE.⁵⁶ Independientemente de ello, opino que una actitud razonablemente hospitalaria frente a nuevos fenómenos multilingüistas en la justicia, si hubiera motivos contundentes que la requieren, no debe calificarse como error.

4. Conclusiones y perspectivas

A lo largo de todo este estudio comparativo procesal, son dos los temas claves que abren la puerta a un proceso civil moderno, eficaz y sostenible a largo plazo. Por una parte, que la Justicia goce de una sólida infraestructura acorde con los tiempos. Esto no se limita solamente a plataformas y sistemas digitales innovadores, que posibiliten por ejemplo la tramitación digital de expedientes o juicios telemáticos, sino que comprende también una remuneración adecuada de los jueces y magistrados.⁵⁷ Por otra parte, que la Justicia se adapte a la globalización y al plurilingüismo que de él emana. En mi estudiada opinión, la política lingüística de la Justicia debería estar condicionada a las mayorías lingüísticas en cada área, satisfaciendo así las exigencias de cada sociedad.

La Justicia civil en Alemania muestra —a pesar de algunos notorios puntos fuertes, ya mencionados— deficiencias estructurales especialmente por lo que respecta a temas como innovación y digitalización. Mientras que en temas de multilingüismo y flexibilidad lingüística el proceso teutón está bastante avanzado, éste anda rezagado en cuestiones de modernización. En este sentido, si bien el país ha promulgado varias reformas correspondientes en los últimos

56. FG Saarland, NJW 1989, 3112.

57. Problemática en Alemania, como se constató en varias ocasiones, tanto por parte del Tribunal Constitucional Alemán, véase BVerfG, Beschl. v. 4.5.2020 – 2 BvL 4/18 (para los jueces y magistrados del *land* Berlín), como por parte de la Comisión Europea.

años, el período de transición de la ZPO hacia un código de proceso civil de la era digital se revela como un proceso bastante arduo, debido a estructuras obsoletas, una merma de inversiones selectivas y un aparato de funcionarios públicos parcialmente reacio a la transición digital. Ciertamente, hay que ser prudente a la hora de abrir a la Justicia la puerta al mundo digital, tema que aún está en mantillas,⁵⁸ ya que sobre todo a la inteligencia artificial, le son inmanentes serios riesgos de protección de datos y privacidad. Y con todo, sopesando las ventajas y desventajas, las reformas mencionadas anteriormente parecen oportunas. A fin de cuentas, será una mera cuestión de tiempo hasta que se materialicen estas reformas.

Bibliografía

- ADEN, Zwischenruf Die Sprache in Deutschland ist klares Deutsch, en: ZRP 2011, pp. 120 y ss.
- ARMBRÜSTER, Fremdsprachen in Gerichtsverfahren, en: NJW 2011, pp. 912 y ss.
- BERK-SELIGSON, The Bilingual Courtroom. Court Interpreters in the Judicial Process, 1990.
- BROSCH/SANDKÜHLER, Das besondere elektronische Anwaltspostfach – Nutzungsobliegenheiten, Funktionen und Sicherheit, en: NJW 2015, pp. 2760 y ss.
- BURIANSKI/FLECKENSTEIN, Commercial Courts und Schiedsverfahren. Gelingt die Aufholjagd zugunsten des Justizstandorts Deutschland?, en: ZRP 2023, pp. 162 y ss.
- FRITSCHKE, en: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, § 128a
- GAIER/FREUDENBERG, Ist die Zivilprozessordnung noch ein modernes Verfahrensrecht?, en: ZRP 2013, pp. 27 y ss.
- GREGGER, Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse, en: NJW 2019, pp. 3429 y ss.
- GREGGER, Strukturierung des Parteivortrags und des Verfahrens, en: AnwBl 2021, pp. 284 y ss.
- JACOBS, en: STEIN/JONAS (eds.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage 2020, §§ 169, 184 y 185 GVG.
- JIMÉNEZ SALCEDO, Bijuridismo, bilingüismo y terminología jurídica en francés: el caso canadiense, en: Anales de Filología Francesa, n°18, 2010, pp. 301 y ss.
- KILIAN, Rückläufige Eingangszahlen in der Justiz, en: AnwBl 7+8/2022, pp. 418 y s.
- KIRCHMEIER, War die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Saarland vor dessen Eingliederung in die Bundesrepublik Deutschland durch französisches Recht beeinflusst?, en: NVwZ 2002, pp. 439 y ss.

58. Vasel, Künstliche Intelligenz in der Justiz, en: LTZ 2023, 179 y ss.

- KISSEL, 125 Jahre Reichsjustizgesetze, en: NJW 2004, pp. 2872 y ss.
- KILIAN, Strukturierter Parteivortrag, elektronischer Nachrichtenraum, en: AnwBl 2023, pp. 548 y ss.
- KÖBLER, Die kontroverseste Idee: Strukturierter Parteivortrag, en: AnwBl 2021, pp. 283 y s.
- LAPP, Das beA im täglichen Einsatz in der Kanzlei, en: RDİ 2023, pp. 471 y ss.
- MÜNCH, Die „neue« ZPO: bedeutende Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahrensrecht (Teil I), en: DStR 2002, pp. 85 y ss.
- PIROUTEK, en: STEEGE/CHIBANGUZA (eds.), Metaverse, 1. Aufl. 2023, § 30 Rechtsschutz, aptdos. 48 y s.
- PRÜTTING, Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft?, en: AnwBl 6/2013, pp. 401 y s.
- RÖRMERMANN, Die Anwaltschaft ist kein Hilfsorgan der Justiz, en: AnwBl 2021, pp. 285 y ss.
- SCHULTZKI, Digitalisierung der mündlichen Verhandlung und Wortprotokoll, en: AnwBl 2021, pp. 290 y s.
- SCZECH, Elektronischer Rechtsverkehr, beA,-E-Akte – ein Plädoyer für den Weg in die digitale Justiz, en: NJW-Beil. 2016, pp. 107 y ss.
- STADLER, en: MUESIELAK/VOIT, Zivilprozessordnung, 20. Ed. 2023, § 128a, aptdo. 2
- VASEL, Künstliche Intelligenz in der Justiz, en: LTZ 2023, pp. 179 y ss.

IX | Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores¹

Juan Damián Moreno
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. EL LARGO CAMINO HACIA LA TUTELA COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. ACCIONES COLECTIVAS E INTERESES DIFUSOS: Y, DE PRONTO, LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN. 2. EL ETERNO DILEMA: LEGITIMACIÓN O REPRESENTACIÓN. ¿SEGUIMOS CON EL MODELO DE LA CIGARRA Y LA HORMIGA? 3. EL SISTEMA DE ADHESIÓN A LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN. LAS VENTAJAS DEL *OPT-OUT*: MEJOR UN ESFUERZO RAZONABLE A QUE ALGUIEN HAGA DE FLAUTISTA DE HAMELÍN. 4. TRATAMIENTO ANTICIPADO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN. LA CERTIFICACIÓN ENTENDIDA COMO *DATIO ACTIONIS*: ESTÁNDARES DEL TEST DE PROSPERABILIDAD. 5. REFLEXIÓN FINAL. LUCHA POR EL DERECHO Y PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. El largo camino hacia la tutela colectiva de los derechos de los consumidores. Acciones colectivas e intereses difusos: y, de pronto, las acciones de representación

El proceso civil se ha basado históricamente en el principio de una acción, una demanda²; este principio, tan arraigado en la conciencia jurídica de los orde-

1. En el presente trabajo, publicado inicialmente en el *Anuario de Derecho Civil* (2023), analizo los aspectos fundamentales de las acciones de representación contenidos en la propuesta de Anteproyecto de Ley para transponer al derecho español la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. La convocatoria de las elecciones generales hizo decaer el Anteproyecto de Ley, pero la transposición de la Directiva de la que trae causa sigue pendiente. Hace unos meses, el gobierno ha vuelto a presentar esta normativa a través del Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del servicio público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Por ello considero que el texto que comento sigue constituyendo, no sólo un buen punto de partida, sino casi de llegada pues, salvo cuestiones puntuales y con las objeciones que se le quieran hacer a las soluciones que propone, proporciona elementos muy positivos, especialmente a la hora del enfocar las grandes líneas programáticas que exige la norma europea.

2. IHERING, *El espíritu del derecho romano*, Granada, 2011, p. 656.

namientos jurídicos surgidos bajo la influencia del derecho romano, ha permanecido durante siglos estrechamente vinculado a la noción de derecho subjetivo donde era muy difícil imaginar procesos dirigidos a reparar la lesión de un derecho que rebasara los confines de los intereses individuales («point d'intérêt, point d'action»)³.

Probablemente como consecuencia del peso tan decisivo que ejerció la *litiscontestatio* en la evolución del derecho en todos esos países, el proceso únicamente estaba pensado para que se desarrollase un único litigio entre dos posturas antagónicas, representadas por dos pretensiones igualmente antagónicas, y cuyo objeto se desenvolvía exclusivamente dentro de los estrictos límites en que, a través de aquélla, habían quedado fijados los términos de la controversia⁴.

Era lógico que esta manera de entender el proceso condicionara la forma en que los particulares debían hacer valer sus derechos ante los tribunales y afectara incluso a la propia estructura del proceso civil y, correlativamente, al modo en que se formaron los conceptos fundamentales del derecho procesal, tal como ocurrió con la noción de la legitimación y, correlativamente, con la cosa juzgada y, por supuesto, con la extensión de los efectos que la misma ocasionara.

Como cabe imaginar, con este esquema tan rígido y encorsetado era impracticable abordar con eficacia el tratamiento, no sólo de asuntos objetivamente complejos, sino la tutela de determinados intereses que afectaban a una pluralidad de partes, para los cuales la técnica de acumulación subjetiva de acciones no suponía una solución adecuada⁵. Surgió entonces la necesidad de analizar hasta qué punto el proceso, tal como estaba inicialmente diseñado, resultaba un instrumento útil para afrontar los nuevos retos a los que tenía que hacer frente la sociedad contemporánea, especialmente cuando el proceso tenía por objeto la defensa de los derechos de un grupo muy numeroso de particulares⁶.

3. MORENO CATENA, *Introducción al Derecho Procesal*, con Valentín Cortés, Valencia, 2021, p. 230.

4. Aunque puede, como en su día señaló FAIRÉN GUILLÉN, que haya mucho de mito en torno a la *litiscontestatio* [FAIRÉN GUILLÉN, «Una perspectiva histórica del proceso: la «litiscontestatio» y sus consecuencias», en *Estudios de Derecho Procesal*, 1955, p. 14], la influencia de esta institución en el modo de concebir la estructura del proceso en los ordenamientos de nuestro entorno, al menos en este aspecto, es evidente. Vid. KASER, *Derecho privado romano*, trad. Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos, Madrid, 2022, p. 756.

5. SILGUERO ESTAGNAN, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995, p. 334 y MARTÍN PASTOR, «La acumulación objetivo-subjetiva de acciones como técnica de agilización de la justicia civil en tiempos de crisis», en *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, edición a cargo de Manuel Ortells Ramos y Rafael Bellido Penadés, Madrid, 2016, p. 177.

6. ORTELLS RAMOS, «Litigiosidad masiva y proceso civil», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, edición a cargo de Gemma García-Rostán Calvín y Julio Sigüenza López, Pamplona, 2017, p. 239.

La aparición de las nuevas formas de resolver judicialmente los problemas derivados de la contratación con las grandes empresas y la prestación de servicios a través de las grandes distribuidoras, que prácticamente han venido actuando en régimen de monopolio, obligó a cambiar de paradigma⁷. Con el paso de los años se hizo cada vez más evidente que *la esfera jurídica del individuo ni empieza ni termina con el derecho subjetivo*⁸ y poco a poco la noción de «*interés*» fue adquiriendo mayor relevancia, permitiendo instaurar nuevos medios de protección allí donde el derecho subjetivo no llegaba, abriendo así la puerta del proceso a las nuevas realidades que se iban imponiendo a medida en que avanzaba el desarrollo económico⁹.

Al hilo de ello, con el tiempo surgió esta nueva realidad a la que se hizo frente bajo la categoría jurídica que engloba a lo que se dio en llamar *intereses colectivos o intereses difusos*, que era la manera de referirse a aquellos intereses de los consumidores que, considerados en su conjunto, se extendían a una pluralidad indiferenciada de afectados y que tuvo su acomodo procesal fundamentalmente a través de las llamadas acciones de clase que surgieron a raíz de un movimiento político, social y jurídico que se desarrolló en los años ochenta con el fin de favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia¹⁰.

Por eso, aunque es evidente que estas nuevas formas de tutela no se circunscriben al ámbito exclusivo de la defensa de los derechos de los consumidores, es donde han adquirido mayor trascendencia y utilidad¹¹. De ahí el acierto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al reconocer a determinados grupos y asociaciones de consumidores la legitimación necesaria para el ejercicio de este tipo de acciones, lo cual supuso un avance importante para posibilitar la defensa colectiva de sus derechos (art. 11 LEC).

Pero, a pesar de ello, como pronto se encargó de demostrar la doctrina, lo cierto es que esta atribución en sí no acababa de resolver todos los proble-

7. CACHÓN CADENAS, *Proceso y consumo* (con Vicente Pérez Daudí), Barcelona, 2022.

8. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal*, Pamplona, 1985, p. 44.

9. LOZANO-HIGUERO PINTO, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, edición a cargo de Antonio Mañorca Navarrete y Vicente Guilarte, Valladolid, 2000, I, p. 162.

10. Este fenómeno tuvo un gran eco tanto en Italia como en los países iberoamericanos gracias al impulso del gran procesalista florentino Mario Cappelletti [CAPPELLETTI, «La protección de los intereses colectivos y de grupo en el proceso civil. Metamorfosis del procedimiento civil», *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, 1997, p. 73] y MORELLO, *La justicia entre dos épocas*, Buenos Aires, 1983. En España destacaron los trabajos de LOZANO-HIGUERO PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, p. 129 y ALMAGRO NOSETTE, «La protección procesal de los intereses difusos en España», *Justicia*, 1983-1, p. 73.

11. En general, sobre otro tipo de manifestaciones de tutela colectiva: REIFARTH MUÑOZ, *La tutela colectiva de los derechos fundamentales*, Pamplona, 2023, p. 259.

mas¹². En España, al igual que en otros muchos países, el modelo de acciones colectivas no ha llegado a cumplir las expectativas que se esperaban de él. Las causas obedecen a factores muy diversos y, a menudo, exceden del ámbito de lo que pueden ser razones estrictamente jurídicas.

Aunque no es el momento de analizarlas, algunos autores lo achacan, entre otros motivos, a las dudas que origina la falta de claridad de la normativa vigente y que disuade tanto a los afectados como a las asociaciones de consumidores a recurrir a este tipo de medios¹³. Pero probablemente, haya otras causas; unas, que derivan de la falta de confianza en este tipo de entidades, y otras, por el hecho de que muchas de ellas no dispongan de los suficientes recursos económicos para hacer frente a los gastos que supone emprender el ejercicio de acciones de esta naturaleza¹⁴.

Es en este contexto en el que cabe enmarcar la aprobación de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que da un paso más y que, además de reconocer la ineficacia del sistema, intenta superar los inconvenientes de la anterior regulación, obligando a los países miembros a establecer nuevos mecanismos procesales que permitan a ciertas entidades ejercitar acciones con el objeto de obtener tanto medidas de cesación como medidas resarcitorias¹⁵.

A la hora de transponer la Directiva europea, el gobierno, intentó a través del Anteproyecto de Ley de acciones de representación de acciones colectivas, optó, a nuestro juicio con acierto, por incorporar un nuevo procedimiento que estaría situado al final de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «De los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», que, de haberse aprobado, nos hubiera permitido disponer de una normativa procesal unitaria y autónoma que ofreciera mayores niveles de seguridad jurídica en el ejercicio de estas acciones.

12. GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002, p. 101.

13. ORTELLS RAMOS, «Litigiosidad masiva y proceso civil», cit., p. 252 y CRESPO MORA, «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, n.º 793, p. 2522.

14. REVILLA GONZÁLEZ, «Third party litigation funding: un concepto relativamente nuevo y un negocio que crece rápidamente», en *Derecho y proceso*, Libro homenaje al profesor RAMOS MÉNDEZ, Barcelona, 2018, III, p. 2115 y Ortell's Ramos, Manuel: «Litigiosidad masiva y proceso civil», cit., p. 239.

15. La doctrina ha visto en esta Directiva una oportunidad para mejorar: GASCÓN INCHAUSTI, «Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, edición a cargo de M^a Isabel Romero Pradas, Valencia, 2022, p. 693 y en esta misma obra, PLANCHADELL GARGALLO, «Acuerdos en procesos colectivos de consumo: posibilidades y efectos», p. 729.

Como ha puesto de relieve la doctrina, cabe hablar de acción colectiva cuando lo que se persiga sea la reparación de un daño o la cesación de una conducta o práctica abusiva con independencia de que en el caso concreto no sea posible identificar a los sujetos que se hayan visto afectados por la conducta objeto de la acción¹⁶. Así pues, podemos decir que una acción es colectiva cuando a través de ella se pretende obtener la reparación o la cesación de una conducta cuyo objeto excede del ámbito de lo individual. En este aspecto, las acciones de representación vendrían a sustituir a las anteriores acciones promovidas por asociaciones de consumidores y por los grupos de afectados ya que su fundamento es el de facilitar de una manera común y homogénea la tutela de los derechos de un determinado grupo o conjunto de perjudicados sin que cada uno de sus integrantes venga obligado a designar a un sujeto o entidad que les represente.

Las acciones de representación son acciones colectivas en el sentido de que su objeto y, sobre todo, los efectos que con ellas se pretenden obtener se extienden a una pluralidad de sujetos, aunque, en realidad, la acción sea única, como único es el interés y único es el hecho del que deriva su derecho¹⁷. Estamos ante una acción autónoma cuyo ejercicio provoca entre otras consecuencias inherentes a su naturaleza, la suspensión de los plazos de prescripción de las acciones individuales de las que pudieran hacer uso los integrantes o afectados por la infracción que se hace valer¹⁸. La sentencia que definitivamente se dicte, aunque se trate de un grupo determinado de afectados, no tiene por objeto el reconocimiento de un derecho individual, por mucho que ese pueda llegar a ser el efecto práctico que finalmente acabe produciéndose tras la liquidación de la condena.

Y eso es así porque, aunque el contenido de su pronunciamiento pudiera servir de fundamento para el ejercicio de una pretensión posterior derivada de la misma, el Anteproyecto prefiere dejar en suspenso los procesos sobre las acciones individuales hasta no saber si la decisión de la acción puede vincular a cualquier otro tribunal que conozca de una pretensión con un objeto similar, motivo por el cual se las coloca en una situación especial de *litispendencia*, si

16. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Madrid, 2010, p. 19. A la hora de caracterizar la tutela como colectiva se suele aludir a la nota de la «homogeneidad» en cuanto al origen del daño respecto de la protección de aquellos intereses que, pudiendo ser objeto de una tutela independiente a través del ejercicio de acciones individuales, la ley permite acudir a este tipo de tutela colectiva para lograr así la defensa de la totalidad de los afectados [SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Pamplona, 2018, p. 62].

17. GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, cit., p. 105.

18. Evidentemente, que la acción sea única no quiere decir que la entidad demandante no pueda acumular en una misma demanda varias pretensiones, la de cesación y la resarcitoria, algo que puede hacer perfectamente (art. 833).

es que puede hablarse así al referirse a la especial situación en que quedan las acciones individuales tras el proceso que resulte de una acción de representación (art. 853).

Por lo tanto, no tiene mucho sentido plantearse, en la forma en que se hizo en su día con las acciones colectivas, la cuestión acerca de si las acciones de representación producen los efectos propios de la litispendencia o, si acaso, los de la prejudicialidad civil, ya que, aunque en realidad en cierta medida los produzca, probablemente estaríamos ante un efecto distinto, pues como hemos indicado, la acción de representación tendría un objeto diferente al de las actuales acciones colectivas¹⁹. Es más, puestos a especular, aunque solo fuera para aventurar una solución más que añadir a las que ya ofrece la doctrina, diríamos que gracias a esa especie de *fuerza de la gravedad* que puede llegar a ejercer la sentencia como medio de prueba y a la que expresamente se refiere la Directiva (art. 15), probablemente estemos más cerca de un *efecto reflejo* más de la sentencia que de una consecuencia derivada directamente de la prejudicialidad civil²⁰.

2. El eterno dilema: legitimación o representación. ¿Seguimos con el modelo de la cigarra y la hormiga?

En el gran libro del proceso, la legitimación ocupa uno de los capítulos más importantes, pero también de los más difíciles de entender ya que es donde más se difuminan los contornos que unen el derecho sustantivo y el derecho procesal²¹. No se olvide que el derecho tiene un origen netamente procesal; nació de la acción. Y cuando se pasó del *ordenamiento de las acciones*, propio del derecho romano, al *ordenamiento de los derechos* del derecho moderno, esa estrecha vinculación se mantuvo hasta el punto de que aquella condición

19. AGUILERA MORALES, «Concurrencia de acciones colectivas e individuales: la solución a un problema de legalidad ordinaria de manos del TJUE», en *Estudios sobre jurisprudencia europea*, Madrid, 2018, p. 473.

20. Como tuvo ocasión de poner de manifiesto la doctrina más autorizada, la sentencia puede llegar a tener consecuencias en el mundo jurídico más allá del efecto propio de la cosa juzgada [LIEBMAN, *Manual de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980, p. 587]. La especial consideración de la sentencia como medio de prueba no es nueva; ya CALAMANDREI la incluyó como uno de los efectos reflejos de la cosa juzgada [CALAMANDREI, «La sentencia como medio de prueba» en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 593].

21. Según GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, con Vicente Herce Quemada, Madrid, 1976, p. 149, el concepto de legitimación es uno de los más debatidos y, al mismo tiempo, más confusos del Derecho Procesal, precisamente porque con este término muchas veces se designan cosas diferentes. Han sido múltiples los esfuerzos doctrinales por aclarar la noción de legitimación. Véase en este sentido el excelente trabajo de Montero Aroca en el que es muy reveladora la apostilla que añade al título de su trabajo [MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil, un intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, Madrid, 1994,].

acabó erigiéndose en un presupuesto indispensable para que el tribunal pudiera pronunciarse sobre la pretensión deducida en la demanda²².

Pues bien; esta dificultad se advierte aún más si cabe a la hora de decidir cómo atribuir y a quién atribuir la legitimación para solicitar la tutela de los derechos e intereses de los consumidores que les correspondan como colectivo («collective interests»)²³. En general, los inconvenientes que plantea la defensa de este tipo de intereses se han ido sorteando a través de la llamada legitimación extraordinaria, en la que un «sustituto» (asociación o agrupación de afectados, asume el *derecho a conducir* el proceso en nombre de otro con el fin de obtener una sentencia favorable a sus intereses) (art. 10 LEC)²⁴.

El fenómeno de las acciones colectivas nace como respuesta ante la ineficacia de las acciones individuales y, sobre todo, ante los problemas que los representantes de los grupos de afectados tienen a la hora de identificar a los eventuales perjudicados por el hecho o la conducta objeto de la demanda²⁵. Las acciones de representación vendrían precisamente a superar todo este tipo de inconvenientes ya que, tal como actualmente están configuradas este tipo de acciones tienen, entre otros problemas, el que, al final, los más diligentes son quienes se tienen que encargar de defender los intereses de los que no desean molestarse o comprometerse en su tutela debido a la gran reticencia que existe por parte de gran parte de los consumidores afectados a emprender acciones colectivas en defensa de sus derechos²⁶.

22. WINDSCHEID, «La *actio* del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual», en *Polémica sobre la «actio»*, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1974, pp. 8 y 70.

23. BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1994, SILGUERO ESTAGNAN, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995, y ARMENTA DEU, «La legitimación en las acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, edición a cargo de Ana Montesinos García, Valencia, 2020, p. 253.

24. El *derecho de conducción procesal* es el término utilizado por algunos autores para explicar el fenómeno que se produce precisamente cuando quien actúa en el proceso no es el titular del derecho material que se hace valer y que, en determinados supuestos, una parte de la doctrina ha elevado a rango de presupuesto procesal, lo que justificaría el que el juzgador pudiera examinar esta cuestión con carácter previo tras la admisión de la demanda [GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 139].

25. A medio camino de este proceso evolutivo se encuentra un pariente lejano de las «class actions», el *litisconsorcio pasivo cuasinecesario*, que trata de dar una solución a los problemas de todos aquellos sujetos que se hallan en una misma situación respecto a un mismo negocio o relación jurídica y a quienes, con el fin de evitar sentencias contradictorias, se les extiende los efectos de la sentencia dictada frente al actor aunque no hayan litigado [FAIRÉN GUILLÉN, «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 145 y GONZÁLEZ GRANDA, *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada, 1996,, p. 95].

26. FAIRÉN GUILLÉN, «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 146; una nueva fórmula que se está explorando para evitar este tipo de inconvenientes es la del llamado proceso testigo o proceso guía; sobre ello, ARIZA COLMENAREJO, «Efectos de las resoluciones dictadas en procesos colectivos y el llamado proceso testigo», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, cit., p. 755.

Como veremos, para el Anteproyecto toda acción para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores es una acción de representación. La construcción de esta especial legitimación permitirá la defensa de los intereses tanto en favor del consumidor diligente como del consumidor «desconocido» o «no diligente», tanto para *la cigarra* como para *la hormiga*. Hay que tener en cuenta que en este tipo de procesos es bastante habitual que solo unos pocos se arriesguen en beneficio de la mayoría. En cambio, tal como están configuradas las acciones de representación, son buenas para todos ya que en este proceso especial que se instaura, la participación de los consumidores afectados quedaría reducida a expresar su voluntad de vincularse o no con la pretensión que el demandante se proponga ejercitar.

Al margen de la legitimación conferida al Ministerio Fiscal y a otras entidades de derecho público, la legitimación para su ejercicio no está atribuida a cualquier miembro del grupo que decida, individual o institucionalmente, arrogarse la representación de un determinado colectivo, sino a las entidades a quienes específicamente se les habilite para ello siempre que reúnan una serie de requisitos (arts. 54 y 55 LGDCU)²⁷.

A través de esta modalidad de acciones, las entidades habilitadas podrán asumir, en nombre propio, la responsabilidad de promover el ejercicio de una pretensión para la defensa de todos aquellos interesados que se encuentren, respecto del hecho o la conducta causante del daño, vinculados por un interés común. En consecuencia, no es una legitimación abierta, sino restringida, hasta el punto de que, como hemos indicado, el Anteproyecto prohíbe la intervención de los propios consumidores afectados, a quienes se les privaría de la posibilidad de comparecer como partes en este proceso (arts. 830 y 835). Hay que tener en cuenta que uno de los principales problemas del sistema actualmente vigente es que permite la intervención en el proceso colectivo de quienes a título individual deseen comparecer, lo que, lógicamente, genera una enorme complejidad procesal²⁸.

Tampoco el objeto de este proceso lo constituye cualquier pretensión. Su ámbito queda circunscrito a aquellas que expresamente se puedan ejercitar a través de este tipo de acciones. No hay más que acudir a la norma que las define para darse cuenta de cómo las entiende el Anteproyecto; de esta manera solo tendrían la consideración de acciones de representación aquellas que ejerciten

27. Precisamente el gobierno acaba de aprobar el nuevo Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios y que regula los requisitos y las condiciones de estas entidades entre cuyos derechos se encuentra la posibilidad de actuar en nombre y representación en defensa de los intereses de los consumidores (RD 448/2023).

28. SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, cit., p. 218.

una o varias de las entidades habilitadas previstas en dicha ley con el objeto de obtener la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios ante las conductas de empresarios o profesionales que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de aquellos (art. 829).

En cuanto a los requisitos de capacidad, el actor solo ha de reunir ciertas condiciones administrativas para poder ser parte; y en lo que se refiere a la legitimación, el altruismo, la solidaridad y el compromiso social o institucional que cada entidad quiera tener con la defensa de los derechos de los consumidores se ha de demostrar con la interposición de la demanda. Sería suficiente con que el acto, la infracción o la conducta que la origine, afecte negativamente a un interés colectivo y que la pretensión que se deduzca tenga por finalidad obtener una medida de cesación o una resarcitoria, entendida ésta en su consideración más amplia, es decir, que abarque no solamente la indemnización, sino que permita la adopción de otras medidas más efectivas para la reparación del daño o la satisfacción del derecho de los consumidores afectados²⁹.

A la vista de ello, para calificar la naturaleza jurídica de la acción de representación es indiferente el hecho de que la entidad decida erigirse en portadora de un determinado interés que afecte a una pluralidad de sujetos, pues una cosa es calificar como colectivo o, incluso, difuso un determinado interés y otra muy distinta hacerlo identificándolo por el sujeto que pretenda representarlo o determinarlo en función del interés asociado a la razón fundacional de la entidad de quien aspire a tutelarlos, pues como hemos visto, el tribunal no puede entrar en ese tipo de cuestiones³⁰.

Todo esto, como hemos visto, hace muy difícil que sepamos si estamos ante un supuesto de legitimación o ante un caso de representación, pues las fronteras entre la legitimación y la representación son a menudo difíciles de trazar y mucho más en este tipo de acciones; es más, quizás estemos ante un supuesto intermedio. A favor de la representación estaría, no sólo la calificación legal, sino el hecho de que en ciertos supuestos, el consumidor venga obligado a autorizar su vinculación, pero no creemos que esto sea determinante.

29. CRESPO MORA, «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», cit., p. 2450. Es más, el Anteproyecto contemplaba incluso la posibilidad de ejercitar acumuladamente una acción declarativa, tal como sucedería en aquellos casos en que lo que se pretendiese fuera obtener una sentencia que reconozca una cláusula como *condición general de la contratación* o, en los procesos en materia de competencia desleal, la acción tendente a declarar *desleal* un acto o conducta que así lo merezca. Vid. BELLIDO PENADÉS, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998, p. 89.

30. GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, cit., p. 29.

A estos efectos consideramos que no es indiferente averiguar si las acciones de representación que el Anteproyecto reconoce tienen por objeto la tutela de intereses difusos o la protección de intereses colectivos. Como sabemos, la distinción entre ambos tipos de intereses siempre ha sido complicada y más ahora con la aparición de las acciones de representación. En nuestra opinión, si tuviéramos que guiarnos por los criterios que en su momento utilizó la doctrina para distinguir entre unas y otras, creemos que probablemente la acción de cesación, por el carácter preventivo o anticipatorio que caracteriza su objeto, sea más apropiada para la defensa de intereses difusos, mientras que las acciones resarcitorias, en la medida que buscan la obtención de una compensación que puede llegar a estar individualizada, tengan más que ver con una acción colectiva³¹.

Por eso, teniendo en cuenta que el ejercicio de las acciones de cesación no requiere de autorización de los afectados, es más que probable que, en este supuesto, estemos ante una verdadera hipótesis de legitimación y no de representación, pues como es sabido, lo que caracteriza al representante es que obra o actúa, con efecto jurídico pleno, por cuenta del *dominus*, mientras que el que actúa con una legitimación, aunque sea derivada, lo hace en nombre propio³².

En cualquier caso, la idea es que con este tipo de acciones de representación se pueda favorecer la tutela colectiva de los derechos de los consumidores a través de un proceso independiente cuya defensa queda en manos exclusivamente de entidades que reúnan ciertas condiciones y, por lo tanto, sin que los afectados vengan obligados a recurrir individualmente ante los tribunales. De esta manera se les evitan los gastos, molestias e inconvenientes que supone el ejercicio de su derecho, hasta el punto de que entre las medidas que se han previsto para su ejercicio se encuentre el de la posibilidad de acudir a fórmulas de financiación de procesos por terceras personas que, como sabemos es uno de los grandes problemas a los que se tienen que enfrentar quienes pretendan ejercitar una acción de esta naturaleza³³.

En este sentido, y a la hora de identificar el carácter con el que actúan, de todas las soluciones que ofrecía la doctrina para dar respuesta al fenómeno de la

31. Un sector de la doctrina como, por ejemplo, SANDE MAYO, prefiere denominarlos *supraindividuales* en lugar de difusos para diferenciarlos de los propiamente colectivos [SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, cit., p. 76].

32. GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», en *Derecho y Proceso*, Madrid, 2009, p. 254; en idéntico sentido, DIEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, p. 56.

33. REVILLA GONZÁLEZ, «Third party litigation funding: un concepto relativamente nuevo y un negocio que crece rápidamente», cit., p. 2115 y ORTELLS RAMOS, «Litigiosidad masiva y proceso civil», cit., p. 239.

tutela de las acciones colectivas en el ámbito del proceso civil, la que más ha hecho fortuna y la que más predicamento ha tenido en el derecho comparado ha sido la de las *class actions* del derecho norteamericano, siendo las acciones de representación una variedad de aquéllas³⁴. Mauro CAPPELLETTI, evocando el título de la gran obra de PIRANDELLO, dijo que eso era tanto como hallar unos *intereses en busca de un autor*³⁵. Y por eso, una de las claves es encontrar una forma de selección de las entidades a quienes se les habilita para hacer valer el ejercicio de la acción que impida que la legitimación se confiera a cualquiera, evitando con ello el ejercicio abusivo de la acción.

Este es el motivo por el que la cuestión acerca de la prosperabilidad de la pretensión no sea el único de los asuntos que pueden ser objeto de debate en la llamada audiencia de certificación (art. 847)³⁶. A la parte demandada se le reconoce el derecho a oponerse si entiende que la entidad demandante no cumple con las exigencias establecidas a los efectos de su designación como entidad habilitada para el ejercicio de este tipo acciones lo que, en su caso, daría lugar al sobreseimiento del proceso y al archivo de las actuaciones (art. 836).

Así pues, la forma en que queda atribuida la legitimación se asemeja al sistema que ya conocemos y que de alguna manera ha caracterizado las *class actions* donde el demandante no tiene que acreditar que ostenta un determinado grado de representatividad ni su arraigo en el contexto territorial en el que se ha producido la conducta antijurídica, algo que, como en su momento puso de relieve la doctrina, ya sucedía en la práctica, ya que la representatividad a la que alude la Ley de Enjuiciamiento Civil en realidad no era tal, pues no pasaba de ser un mero requisito administrativo³⁷.

En esto no se han producido muchos cambios; para el legislador seguirá siendo suficiente con que el demandante reúna los requisitos de capacidad establecidos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para poder ser reconocida como entidad habilitada para el ejercicio de estas acciones, sin que, en principio, el juez pueda entrar a valorar su idoneidad como representante, algo que a lo mejor debería poder hacer, sobre todo a la vista de la gran dependencia gubernamental en cuanto a su autorización a las que aquellas están sometidas.

34. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las «class actions» en los Estados Unidos de América*, Granada, 2001, p. 91.

35. CAPPELLETTI, «La protección de los intereses colectivos y de grupo en el proceso civil. Metamorfosis del procedimiento civil», cit., p. 90.

36. SILGUERO ESTAGNAN, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, cit., p. 277.

37. GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, cit., p. 150.

3. El sistema de adhesión a la acción de representación. Las ventajas del *opt-out*: mejor un esfuerzo razonable a que alguien haga de flautista de Hamelín

Como se ha dicho, el Anteproyecto considera que la acción de representación es una acción única porque el objeto del proceso sobre el que recae también es único, como único es el derecho que lo protege y que, por supuesto, es distinto al que pudieran ejercitar individualmente los afectados. Pero, a diferencia de lo que sucede con las acciones de cesación, en las que no es preciso que los consumidores manifiesten su conformidad ni su voluntad de adherirse, en las resarcitorias constituye un presupuesto esencial. Y precisamente, el principal escollo con el que se han encontrado los representantes de los grupos afectados a la hora de ejercitar este tipo de acciones es el de identificar y determinar a los afectados y lograr así la mayoría necesaria para constituirse en grupo y poder actuar ante los tribunales ya que, sin mayoría, no hay legitimación (art. 6. 1, 7ª LEC).

Existen al respecto dos grandes modelos para manifestar la voluntad de compartir o de participar en las consecuencias, favorables o adversas, que resulten del ejercicio de la acción; uno en el que se precisa la voluntad expresa del sujeto para vincularse y someterse a lo que resulte del proceso, conocido como *opt-in*, y aquél otro, denominado *opt-out*, en los que el legislador presume la voluntad del eventual perjudicado de asumir las consecuencias del proceso salvo que expresamente manifieste su voluntad de excluirse³⁸.

De esta manera, salvo que la acción afecte a consumidores que no tengan su residencia habitual en el Estado en que se ejercite, en cuyo caso será necesaria la manifestación expresa para estar vinculado, la Directiva no impone un modelo concreto, sino que deja a las legislaciones nacionales de los países miembros que decidan el modelo que consideran más conveniente³⁹.

A la vista de ello, el Anteproyecto se había inclinado con carácter general por dar preferencia al sistema de desvinculación expresa, atribuyendo a los consumidores que lo deseen la obligación de manifestar su voluntad en este sentido para evitar quedar sometidos a la resolución judicial que se pronuncie («*opt-out*»)⁴⁰; de esta manera, interpretando que su pasividad equivale tácitamente

38. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, cit., p. 25 y SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, cit., p. 218.

39. ARMENGOT VILAPLANA, «La acumulación de la acción colectiva de cese y la acción colectiva resarcitoria. Situación actual y propuestas de futuro», en *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, cit., p. 118.

40. Excepcionalmente, atendidas las circunstancias del caso, y siempre que la cantidad reclamada para cada beneficiario no supere una determinada cantidad, el juzgado podrá acordar que solo queden afectados por la acción de representación resarcitoria aquellos consumidores que hayan manifestado su voluntad expresa de

a su voluntad de adherirse, los redactores han entendido que es la mejor manera de favorecer la defensa de esa *mayoría silenciosa* de consumidores que suelen verse afectados por este tipo de acciones⁴¹.

En realidad, lo que hace el Anteproyecto es configurar para los consumidores afectados una suerte de carga de naturaleza procesal que determina que aquellos que no expresen su deseo de desvincularse de la acción en el plazo establecido, quedan sometidos a las resultas del proceso. En cambio, quienes se hayan autoexcluido de manera expresa, no por ello pierden su derecho a promover una acción con posterioridad, si es que desean hacer valer su derecho individualmente⁴².

Y esto es así porque para los que no se hayan desvinculado, bien de manera expresa o, incluso, tácitamente⁴³, el derecho a obtener una compensación o reparación de una conducta declarada contraria a los derechos de los consumidores nace de la sentencia estimatoria y, sin embargo, para quienes decidieron no adherirse, su derecho no se ve afectado; nace desde el momento en que se produjo la lesión y que evidentemente podrán hacer valer a través de un proceso independiente quienes lo deseen, pero una vez que se haya levantado la suspensión de los plazos de prescripción que el ejercicio de esta acción colectiva lleva consigo (art. 832).

Con la solución que se propone, se superan en nuestra opinión las dificultades del antiguo modelo en virtud del cual el demandante que pretendiera asumir la defensa de un determinado colectivo de afectados acababa prácticamente convertido en una especie de *flautista de Hamelín*, obligado a desplegar una ingente cantidad de recursos para lograr un número de adhesiones lo suficientemente significativo como para asumir la representación del mismo. En este sentido, creemos que es precisamente ésta la razón por la cual el Anteproyecto decidió optar por suprimir la legitimación conferida a los grupos de afectados

vincularse a ella. Sobre la conveniencia de alterar el criterio para reclamaciones de escasa entidad, vid. SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, cit., p. 239.

41. Aunque coincidimos con ARMENTA DEU en que bien puede decirse que se trate de una *ficción*, no consideramos sin embargo que pueda llegar a ser entendido como una *expropiación* como ha querido ver en este tipo de soluciones, al menos con arreglo a la normativa que preveía el Anteproyecto [*Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Madrid, 2013, p. 70].

42. Hay que recordar en este aspecto que, con arreglo a la actual normativa, la jurisprudencia se había encargado de precisar que no producen efectos de cosa juzgada en los procesos individuales las sentencias dictadas en el ejercicio de acciones colectivas pues dichas acciones tienen objetos y efectos diferentes (STS 123/2017 [Roj 477]). Sobre el alcance de esta doctrina jurisprudencial, ARMENGOT VILAPLANA, «La cosa juzgada en acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, cit., p. 253.

43. Según el apartado 4 del artículo 853 del Anteproyecto, la interposición por parte de un consumidor de una acción rescaritoria individual cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación equivaldría a la expresión de la voluntad de no verse vinculado a la acción de representación emprendida.

que estuvieran determinados o fueran fácilmente determinables, a los que se refiere el n.º 7 del apartado 1 del art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como sabemos, para que puedan comparecer en nombre de aquellos la ley estaba exigiendo que se constituyera con la *mayoría de los afectados*.

En todo caso, y a pesar de tratarse de una acción única, es evidente que dada la eventual repercusión que puede tener la sentencia que se dicte, así como los efectos que tiene la admisión misma de la demanda sobre las acciones individuales, la Directiva europea considera sumamente importante que los consumidores y usuarios afectados por la acción de representación tengan un conocimiento efectivo de la existencia del proceso y que se les ofrezca una información adecuada en un lenguaje que comprendan acerca de las posibilidades que disponen y de las consecuencias de sus decisiones. Y, de otro lado, exige que se establezca una vía adecuada para manifestar su voluntad de desvincularse de una forma sencilla, o en su caso, de vincularse.

En este punto, conviene recordar que la jurisprudencia norteamericana había mantenido la tesis de que el ejercicio de una acción colectiva no debía suponer para el demandante que se propusiera ejercitarla un esfuerzo desproporcionado a la hora de identificar a los supuestos perjudicados, a raíz de la cual acuñó la doctrina acerca del *esfuerzo razonable*⁴⁴. Por eso, para resolver la cuestión sobre si la solución adoptada en el Anteproyecto es la adecuada, debería resolverse planteando el dilema en sentido inverso, y preguntarnos si cada uno de los sistemas de adhesión respetan dicho canon de razonabilidad en cuanto al esfuerzo que deben desarrollar cada uno de los consumidores.

En este sentido, y para despejar cualquier duda sobre la adecuación del sistema a las exigencias constitucionales, debe quedar claro que la adhesión en este tipo de procesos no es a la acción, sino a los efectos resultantes del pronunciamiento judicial y, que inconscientemente, la normativa europea siempre espera que sea favorable a no ser que previamente las partes alcancen un acuerdo⁴⁵. La vinculación del consumidor no le convierte en parte, simplemente le da derecho a beneficiarse de los efectos económicos de la sentencia que se dicte, por lo que el sistema que ha pretendido instaurar nos parece el

44. Como señaló FAIRÉN GUILLÉN, la noción de *esfuerzo razonable* aplicable a las acciones en materia de consumidores, fue acuñada en 1974 a raíz de caso «Eisen contra Carlisle & Jacquelin» [*Doctrina general del Derecho Procesal*, Barcelona, 1990, p. 307], un caso que, como recordaba SILGUERO ESTAGNAN, también eliminó la necesidad de que el demandante tuviera que demostrar *in limine litis* las posibilidades de éxito de la pretensión [*La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, cit., p. 277].

45. Solo hay que ver el gran interés de los redactores del Anteproyecto en fomentar los *acuerdos de resarcimiento* como vía de procurar la satisfacción anticipada de los derechos de los consumidores afectados; véase PLANCHADELL GARGALLO, «Acuerdos en procesos colectivos de consumo: posibilidades y efectos», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, cit., p. 729.

más coherente con el espíritu que informa la existencia de las acciones representativas.

Con el fin de llevar a cabo la gestión de este sistema, el Anteproyecto contemplaba la existencia de una *plataforma electrónica* a través de la cual, no solo los eventuales afectados podrían expresar su voluntad de ser excluidos, algo que deberá ser objeto de una decisión por parte del juzgador a través de lo que se ha denominado *auto de certificación*, sino que serviría de canal de comunicación con los afectados; es más, a la entidad demandante se le concedería incluso la posibilidad de encomendar la gestión de dicha plataforma a los colegios de los procuradores, algo que desde luego nos parece muy positivo.

Así pues, bajo nuestro punto de vista, si la cuestión consistiera en valorar la constitucionalidad de la norma contenida en el Anteproyectos y tuviera que analizarse en estos términos de estricta compatibilidad con las exigencias del artículo 24 de la Constitución y determinar si es o no *razonable* el esfuerzo que ha de llevar a cabo el consumidor para manifestar su deseo de no quedar vinculado, nuestra opinión es clara: los requisitos establecidos resultarían adecuados para conseguir la finalidad que persigue el legislador europeo con las acciones de representación.

4. Tratamiento anticipado de la fundamentación de la acción de representación. La certificación entendida como *datio actionis*. Estándares del test de prosperabilidad

Gran parte del éxito de todo este proceso lo confía a la llamada audiencia de certificación. Este acto procesal, inspirado en la regulación de la audiencia previa del juicio ordinario, tiene asignadas diversas finalidades, la mayoría de las cuales venían definidas en el artículo 846 del Anteproyecto⁴⁶. Entre ellas se encuentra la de analizar las cuestiones que afectan a la admisibilidad de la acción y autorizar la tramitación de la demanda en caso de que proceda. Esto supone, en primer lugar, concederle al juzgador la posibilidad de verificar la naturaleza colectiva de la acción, su homogeneidad y, a la vez, determinar el ámbito objetivo y subjetivo de la misma. En segundo lugar, darle la oportunidad de examinar si la pretensión está lo suficientemente fundada como para permitir la continuación del procedimiento y, por lo tanto, permitiéndole efectuar anticipadamente un juicio sobre la admisibilidad de la pretensión deducida.

46. Aunque se conserva la misma terminología, por la propia naturaleza de las acciones de representación, la llamada *certificación* cumpliría obviamente una finalidad en parte diferente a la que la doctrina le había previamente asignado conforme a la normativa actualmente vigente [SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, cit., p. 67].

Esta es la razón por la que probablemente el Anteproyecto le quiso atribuir la potestad de analizar de forma preliminar la idoneidad de la acción de representación resarcitoria también desde el punto de vista de su fundamentación fáctica, facultándole la posibilidad de rechazarla si estima que no está suficientemente fundada. Se trataría pues de concederle algo parecido a lo que ya existe en otros procesos y atribuirle la potestad de provocar una *denegatio actionis* en la hipótesis de que apreciara que no concurren los presupuestos procesales ni materiales para hacerla valer o si la considera manifiestamente infundada⁴⁷.

Así pues, dadas las especiales características de esta acción, para su ejercicio no basta, como sucede en el resto de los supuestos, el mero acto de interponer una demanda para generar con ella el deber del tribunal de pronunciarse sobre el fondo de la pretensión deducida; es preciso que exista una decisión del juzgador que la autorice y reconozca con carácter previo la existencia del derecho a deducir dicha pretensión.

Por cuanto llevamos dicho, y aunque la identificación del carácter colectivo de este tipo de acciones no ha resultado tarea fácil en el pasado⁴⁸, a la vista de la normativa que nos proporciona la Directiva, sea cual sea la posición que se adopte, no creemos su aplicación plantee excesivos problemas interpretativos a la hora de determinar si una acción es o no de representación, aun así, como ha puesto de relieve la doctrina, hay que seguir siendo cautelosos para no confundir una acción colectiva resarcitoria con una mera acción agrupada⁴⁹.

Afortunadamente, el Anteproyecto concedía al tribunal la facultad de examinar otros aspectos, como, por ejemplo, la homogeneidad entre las acciones resarcitorias, fundamental para calificar de colectiva a la acción de representación (art. 487)⁵⁰. Por lo tanto, no debería admitirse una demanda *que claramente encubra una acumulación subjetiva de acciones* y en la que, a través de ella, lo que pretenda el actor sea la reparación individual de los daños en el supuesto en que eso suponga tener que entrar, como cuestión de fondo, en el análisis pormenorizado del hecho o la conducta haya ocasionado a cada uno

47. Esta especial limitación se ha aplicado tradicionalmente en el ámbito de la justicia penal para evitar tener que someter a juicio a una persona cuando la acción interpuesta no esté suficientemente fundada y que GÓMEZ ORBANEJA tuvo la genial intuición de ver en ella una clara manifestación de esta institución romana [Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Madrid, 1947, p. 128].

48. LOZANO-HIGUERO PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, cit., p. 156, BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., p. 87 y SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, cit., p. 57.

49. CRESPO MORA, «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», cit., p. 2498.

50. ARMENTA DEU, *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, cit., p. 32.

de los afectados. De ahí que, para apreciar la existencia de un interés como colectivo habría que hacer lo mismo que para observar una pintura impresionista; poner un poco de distancia, esto es, retirarse unos metros para poder identificar el conjunto.

Pero, como hemos indicado, lo más reseñable de esta normativa se encuentra en la posibilidad que tiene el juzgador de no dar trámite a esta demanda si la pretensión que se deduce carece *manifiestamente de fundamento* (art. 847), algo que es una gran novedad pues, como hemos anticipado, a diferencia de lo que sucede con el resto de los supuestos que rigen en el proceso civil, no bastaría con que alguien promoviese la acción para obligar al juez a pronunciarse sobre el fondo del asunto; será necesario que autorizase su ejercicio a través de la resolución de certificación⁵¹.

En este sentido, es de suponer que los redactores del Anteproyecto han sido conscientes de que el mero hecho de la interposición de la demanda puede tener una enorme repercusión económica en los empresarios y profesionales a quienes se les reprocha la conducta objeto de este proceso y que en muchos aspectos puede afectar a su futuro, su imagen y su reputación en el mundo de la industria y el comercio⁵². Por ello puede parecer prudente establecer algunos controles que impidan un uso frívolo o abusivo de la acción, lo cual es lógico si tenemos en cuenta la transcendencia económica y social que un proceso de estas características puede tener en las empresas demandadas⁵³.

Y desde luego, aunque excepcional, esta potestad no es algo que sea ajeno a nuestra tradición jurídica ya que éste es el clásico criterio al que, en ocasiones, suele recurrir el legislador bien para ahorrarse algún esfuerzo procesal innecesario⁵⁴ o, simplemente, para evitar lo que se ha dado en llamar como el *inevitable mal* del proceso⁵⁵. En este caso, no ha sido fruto de un capricho de los

51. Como sabemos, en el procedimiento de la *legis actionis*, el Pretor podía rechazar la demanda del actor si no existía una acción que la amparara, bien porque tal protección no estuviera establecida o bien por la falta de los requisitos para hacerla valer [WENGER, *Institutes of the roman law of civil procedure*, trad. Otis Harrison Fisk, 1986, p. 103].

52. CRESPO MORA, «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», cit., p. 2518.

53. En este aspecto, como ha puesto de relieve, REVILLA GONZÁLEZ, un elemento decisivo lo debe constituir el control de transparencia sobre las fuentes de financiación provenientes de terceras personas que sean suficientemente efectivos para atajar los eventuales abusos en el uso de este tipo de acciones colectivas [«Third party litigation funding: un concepto relativamente nuevo y un negocio que crece rápidamente», cit., p. 2125].

54. Así, ha sido un criterio muy habitual por ejemplo como medio para evitar la saturación en el acceso a determinados recursos; vid. CALAMANDREI, «Sobre la noción de «manifiesta falta de fundamento», en *Estudios sobre el proceso civil*, III, cit., p. 367.

55. FAIRÉN GUILLÉN, «La demanda en el proceso civil español», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 459.

redactores de la norma que comentamos, sino que es una exigencia que viene impuesta expresamente por la propia Directiva que, entre otras cosas, obliga a que la legislación nacional prevea un trámite en el que se puedan desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento.

A fin de poder pronunciarse sobre esta cuestión y analizar el alcance que deba darse a esta previsión, conviene examinar la forma en la que estaba formulada esta facultad. El Anteproyecto, recurriendo a un circunloquio bastante sinuoso desde el punto de vista gramatical, y probablemente sin que los redactores hayan medido todas sus consecuencias, además impone a la entidad demandante la carga de aportar en la demanda los elementos de prueba que, *prima facie*, acrediten la fundamentación de la acción de representación que se proponga ejercitar, exigiéndole que aporte una *motivación* de los hechos que, si bien le exima de la necesidad de aportar todas las pruebas que disponga, sean de *las que razonablemente haya podido tener acceso y sean suficientes para justificar la viabilidad* del ejercicio de la acción (art. 838).

Ahora bien, es evidente que tal como está redactada esta exigencia, individualmente considerada, entraña bastantes riesgos y, desde luego, por sí misma no puede erigirse un obstáculo para denegar la certificación. De lo contrario estaríamos ante una situación de la que sería muy difícil salir pues, como ha resaltado la doctrina, si para dar curso a la demanda es necesario conocer el fundamento de la pretensión y para conocer el fundamento de la pretensión es necesario que el demandante lo acredite inicialmente para que el juzgador pueda tomar una decisión sin que ello suponga prejuzgar el resultado definitivo, no cabe más opción que pedirle al demandante que aporte un *principio de prueba*, es decir, algo que, sin servir para formar de manera plena la convicción del juez sobre la existencia de los hechos alegados como fundamento de la pretensión, le proporcione al juzgador al menos un indicio racional sobre su existencia⁵⁶.

Por eso, cualquiera que conozca la famosa novela de Jonathan HARR, *A civil action*, comprenderá el motivo por el que el juez del caso al que se refiere esta obra desestimó la moción de uno de los abogados de las empresas demandadas que se opuso a la admisión de la demanda invocando el artículo 11 de la *Federal Rules of Civil Procedure*, que precisamente otorga al juez la facultad de examinar de manera preliminar los fundamentos de la acción que el demandante acababa de plantear. Se trataba también de una acción colectiva en la que se reclamaban los daños producidos por unos vertidos procedentes de dos

56. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1948, p. 344.

grandes empresas industriales. El juez finalmente optó por rechazar la excepción al considerar que, si bien dicha norma tiene por objeto combatir a quienes ejerciten pretensiones abusivas o carentes de fundamento, no puede utilizarse para poner en duda la seriedad de una acción cuando los perjudicados, al tiempo de la demanda, sólo dispongan de pruebas meramente circunstanciales⁵⁷.

Por lo tanto, si hubiéramos de seguir ese mismo criterio, creemos que la única manera posible de hacer que esta previsión sea compatible con las garantías derivadas del art. 24 de la Constitución, es interpretarlo de manera que el juzgador solo pudiera rechazar *in limine litis* la acción tras alcanzar un juicio negativo sobre la existencia del derecho que se hace valer que resulte «manifiesto», pues de lo contrario, podríamos encontrarnos con un serio problema de constitucionalidad, especialmente en este tipo de procesos en los que los demandantes pueden tener un difícil acceso a las fuentes de prueba.

6. Reflexión final. Lucha por el derecho y principio de efectividad. La función social de las acciones de representación

Como ha puesto de relieve MORENO CATENA, el modelo de proceso civil se encuentra en un momento de profunda transformación, motivado, entre otros factores, por la incidencia que la legislación europea está teniendo especialmente a raíz de normativa de protección de los consumidores y usuarios. Esto supone tener que replantearse algunos de los principios constitutivos que han servido para elaborar los grandes conceptos de nuestra disciplina, entre ellos está el de asumir la existencia de vías que faciliten la defensa de los derechos de los consumidores más allá del estrecho marco del proceso civil tradicional⁵⁸.

Entre ellos sin duda se encuentran el de las acciones de representación que, desde luego, si se les quiere encontrar una utilidad, no podemos analizarlas bajo la luz del estrecho marco que nos proporcionan los conceptos tradicionales de la doctrina⁵⁹. A nuestro modo de ver, a fin de centrar debidamente la cuestión, el reconocimiento de este tipo de acciones debería analizarse a la luz de las garantías del principio de efectividad que preside la normativa europea

57. HARR, *A civil action*, Nueva York, 1995, p. 119 (existe una edición traducida en Plaza&Janes, publicada en 1999).

58. MORENO CATENA, «Sobre el futuro del proceso civil», en *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, cit., p. 659.

59. ORTEGO PÉREZ, «Poderes del juez y eficacia en los procesos colectivos: entre la dogmática y la práctica», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 52, 2020, p. 13.

de protección de los consumidores en el que la cuestión sigue girando en torno al debate sobre la función que deben desempeñar los tribunales ante esta realidad que parece enfrentar de nuevo al derecho objetivo en contraposición con la tutela de los intereses de los particulares.

Como indicamos al inicio de este trabajo, prácticamente desde sus orígenes, las sociedades han ido dejando en manos de los particulares la protección de los derechos hasta el punto de que en este tema, como en tantos otros, sobrevuela una vieja polémica que durante muchos años estuvo centrando los debates en torno al contenido del derecho de acción, consistente en determinar si realmente el proceso es un servicio que el Estado presta a los ciudadanos, proporcionándoles el medio de actuar ante los tribunales los derechos subjetivos que las normas les reconocen, o si, por el contrario, es un servicio que los ciudadanos prestan al Estado proporcionándole, a través de la tutela de sus derechos, la ocasión para preservar la integridad del derecho objetivo⁶⁰.

He aquí, frente a frente, las dos realidades del proceso.

Durante algún tiempo, la tutela del derecho objetivo, como tal fin, quedó en parte relegado a un segundo plano en favor de una orientación en la que los litigantes, en virtud del principio de autonomía, tenían plena libertad para decidir de qué manera querían que el juez amparara sus derechos. Y desde luego, esta concepción influyó decisivamente en un concepto de legitimación tradicionalmente vinculada a la noción de derecho subjetivo en la medida en que se entendía que únicamente podía defender un derecho quien afirmara ser titular del mismo y bajo el entendimiento de que la legitimación de quien se presentase como perjudicado nacía de la lesión, originando con ello el derecho de exigir de otro la obligación de restablecer el derecho lesionado.

Y en este sentido, aunque hoy es más claro que la protección de un derecho está condicionada a la existencia de la norma sustantiva que lo ampare, raro es el caso, al menos en la jurisdicción civil, en que la legitimación venga conferida con exclusivo propósito de procurar el restablecimiento de la legalidad al margen de la tutela de los intereses individuales pues era algo que, según la doctrina clásica, se producía de manera natural o consustancial desde el momento en que los ciudadanos solicitan la tutela de sus derechos ante los tribunales.

De este modo, al tratar de las acciones de representación quizás no sea ocioso traer a colación la gran aportación de IHERING a la hora de ver en *la lucha por el Derecho* un elemento que viene a reforzar su valor; y de ahí también su insis-

60. CALAMANDREI, «La relatividad del concepto de acción», en *Estudios sobre el proceso civil*, cit., p. 136.

tencia en la necesidad de que los ciudadanos defiendan sus derechos ante los tribunales, dando por sentado que, al hacerlo, cada uno de ellos está defendiendo también la ley. Si eso no fuera así, tal como añade el maestro alemán, el derecho acabaría perdiendo toda su fuerza y autoridad de manera que si nadie mostrara interés por solicitar la tutela de sus derechos, o no es lo bastante valiente como para vencer la aversión hacia la disputa y dominar el miedo frente a los procesos judiciales, sería lo mismo que si la norma jurídica no existiera; por el contrario, quien toma la decisión de defender su derecho y no renuncia a su ejercicio, beneficia a toda la sociedad ya que con su acción contribuye al mantenimiento del orden jurídico⁶¹.

Pero seamos conscientes de que en ese contexto tan orteguiano en que se encuentra el individuo respecto del mundo que nos rodea y en el que nos ha tocado vivir, se descubre que los ciudadanos nos hallamos cada vez más solos, desasistidos e incapaces de luchar aislada e individualmente contra las situaciones injustas y en donde el mercado es casi un campo de batalla, hasta el extremo de que, muchas veces, ese espíritu tan combativo del que hablaba Ihering decae y no nos queda más alternativa que aceptar resignadamente esta circunstancia y renunciar a la defensa de nuestros derechos y nuestros legítimos intereses. Este es el motivo por el que, en determinados momentos, el derecho ha recurrido a fórmulas o técnicas de organización procesal que vienen, como *buen samaritano*, en nuestro socorro, entre las que el propio autor incluyó, como no, a las acciones populares romanas, y que ofrecían, a quien quisiera utilizarlas, la posibilidad de salir en auxilio de quienes no fueran capaces de defenderse por sí solos⁶².

Por ello, no podemos dejar de ver en la legitimación conferida a las acciones de representación un fenómeno con funciones similares a las que históricamente llevaban a cabo tanto las acciones populares como las *class actions*, las cuales, por cierto, no dejan de ser una variante de aquéllas⁶³. Con ello se espera que el tejido institucional de la sociedad civil y, especialmente, las asociaciones de consumidores desempeñen un papel más activo a la hora de garantizar el cumplimiento de la normativa europea en materia de protección de sus derechos ya que, de no hacerlo, se convertiría en papel mojado.

61. IHERING, *La lucha por el derecho*, trad. Luis Lloredo Alix, Madrid, 2018, p. 85.

62. IHERING, *La lucha por el derecho*, cit., p. 90, nota 13.

63. La doctrina ya tuvo ocasión de poner de manifiesto estas similitudes [CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milán, 1974, p. 99]. Esta orientación se encuentra muy arraigada en muchos países latinoamericanos gracias a la contribución del gran procesalista brasileño Barbosa Moreira [BARBOSA MOREIRA, «A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados “interesses difusos”», en *Temas de Direito Processual*, São Paulo, 1977, p. 110].

Por lo tanto, las acciones de representación cumplirían una evidente función social; no son un medio para la satisfacción del interés de quien la ejercita y en cuyo nombre se ejercita, sino un medio dispuesto para la protección de un interés común, que quizás no sea general, pero sí el de una gran mayoría de particulares o al menos un número muy considerable de ellos, que va más allá de las razones que cada uno tenga para promover la tutela de sus derechos individuales ante los tribunales⁶⁴. Es muy importante en este sentido advertir, que no estamos simplemente ante una pluralidad de sujetos que deciden en un momento dado unir sus fuerzas por puras razones de conveniencia para la defensa de sus derechos individuales⁶⁵.

De ahí que el objeto del proceso tenga necesariamente que ser diferente; incluso en las acciones de resarcimiento, más proclives a la obtención de un beneficio personal, la finalidad del proceso no es conseguir la satisfacción individualizada de los daños sufridos a todos y cada uno de los consumidores a los que se extienda el proceso, que, de serlo, sería simplemente el objeto inmediato de la pretensión. Tampoco lo puede constituir el motivo concreto que mueve a cada entidad a interponer la demanda, sino el conjunto de circunstancias en que se apoya para solicitar una consecuencia jurídica que, en modo alguno, puede desvincularse de la existencia de un elemento esencial de naturaleza *inmaterial*, un hecho que, como ha puesto de relieve la doctrina⁶⁶, trascienda a la heterogeneidad de los intereses que se ponen en juego, y que es lo que debería dar cohesión jurídica a lo que se esgrima como fundamento a la pretensión que con aquélla se proponga conseguir y que, en definitiva, es lo que justificaría el ejercicio de la acción, más allá del resarcimiento o de la concreta compensación que se pretenda obtener.

Es verdad que es posible que en semejante planteamiento vuelva a estar presente aquella vieja polémica a la que nos hemos referido y que sitúa el debate sobre cuál debe ser la orientación que debería tener el proceso civil en ciertos asuntos, un debate permanente pero inacabado que alcanza a la necesidad de decidir cuál es el interés que debe prevalecer en el proceso y cuáles son los medios adecuados para lograrlo⁶⁷.

64. A este carácter *social* ya se refirió SANDE MAYO para caracterizar a una parte de las acciones colectivas, específicamente las dispuestas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la defensa de los intereses «supraindividuales» y que, en su opinión, se encontrarían a medio camino entre los intereses públicos o generales y los individuales [*Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, cit., pp. 72 y 90].

65. CHIOVENDA, «Sobre el litisconsorcio necesario», en *Ensayos de Derecho Procesal*, Santiago-Chile, 2022, p. 204.

66. BUJOSA VADELL, «¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, cit., p. 23.

67. Una exposición completa sobre las diversas posiciones doctrinales en torno a esta problemática puede encontrarse en BAUR, «Liberalización y socialización del proceso civil», *Revista de Derecho Procesal Iberoameri-*

No podemos perder de vista que el fundamento que está detrás de la legislación aprobada para proteger los derechos de los consumidores y usuarios es fruto de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho que, como todo el mundo sabe, vino para superar las deficiencias del individualismo liberal, dando una nueva forma a las instituciones y a los valores éticos que deben regir su funcionamiento; y esto, irremediablemente, tiene que tener reflejo en el instrumento que el Estado pone al servicio de sus ciudadanos para la defensa de sus derechos ante los tribunales: el proceso.

La necesidad de establecer mecanismos eficaces, y las acciones de representación es uno de ellos, que corrijan la posición tan desigual de la que parten los consumidores desde el punto de vista sustantivo con respecto a la cómoda situación en la que se encuentran los productores de bienes y prestadores de servicios, requiere una reconfiguración de los principios y reglas procesales o, al menos, la obligación, siquiera moral cuando no jurídica, de tener que verificar si, para este tipo de asuntos, es preciso tener en cuenta algunas especialidades que aseguren un mayor nivel de protección por parte de los tribunales⁶⁸.

Pero desde luego, para que el sistema resulte de utilidad, todo ello exige con carácter previo un replanteamiento del papel que deben desempeñar las entidades que se comprometan a defender los derechos de los consumidores a través de este nuevo proceso. A nuestro modo de ver, la primera condición que deben tener las entidades a quienes se les habilite para ejercer este tipo de acciones, es ostentar la capacidad para generar la suficiente confianza entre esa mayoría silenciosa en cuyo nombre actúan a fin de que se sientan debidamente representados cada vez que decidan emprender una acción ante los tribunales.

6. Bibliografía

- AGUILERA MORALES, M., «Concurrencia de acciones colectivas e individuales: la solución a un problema de legalidad ordinaria de manos del TJUE», en *Estudios sobre jurisprudencia europea*, Albert Ruda y Carmen Jerez, Madrid, 2018, p. 473.
- ALMAGRO NOSETE, J., «La protección procesal de los intereses difusos en España», en *Justicia*, 1983, n.º 1, p. 73.

cana, n.º 2-3, 1972, p. 303. No se puede perder de vista tampoco la perspectiva que en este sentido ofrece Montero Aroca, «Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil», *Teoría y Derecho*, n.º 7, Valencia, 2010, p. 14.

68. MORENO CATENA, «Sobre el futuro del proceso civil», cit., p. 662.

- ARIZA COLMENAREJO, M. J., «Efectos de las resoluciones dictadas en procesos colectivos y el llamado proceso testigo», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, M.^a Isabel Romero Pradas, Valencia, 2022, p. 755.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., «La cosa juzgada en acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Ana Montesinos García, Valencia, 2020, p. 253.
- «La acumulación de la acción colectiva de cese y la acción colectiva resarcitoria. Situación actual y propuestas de futuro», en *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Libro homenaje a Valentín Cortés, A Coruña, 2022, p. 113.
- ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Madrid, 2013.
- «La legitimación en las acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Ana Montesinos García, Valencia, 2020, p. 253.
- BARBOSA MOREIRA, J.C., «A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados “interesses difusos”», en *Temas de Direito Processual*, São Paulo, 1977, p. 110.
- BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998.
- BAUR, F., «Liberalización y socialización del proceso civil», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2-3, 1972, p. 303.
- BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1994.
- «¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Ana Montesinos García, Valencia, 2020, p. 17.
- CACHÓN CADENAS, M., *Proceso y consumo* (con Vicente Pérez Daudí), Barcelona, 2022.
- CALAMANDREI, P., «La sentencia como medio de prueba», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 589.
- «La relatividad del concepto de acción» en *Estudios sobre el proceso civil*, cit., p. 135.
- «Sulla nozione di “manifesta infondatezza”», *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, p. 164.
- CAPPELLETTI, M., «La protección de los intereses colectivos y de grupo en el proceso civil. Metamorfosis del procedimiento civil», en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, 1997, p. 73.
- CARPI, F., *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milán, 1974.
- CHIOVENDA, G., «Sobre el litisconsorcio necesario», en *Ensayos de Derecho procesal*, Santiago (Chile), 2022, p. 201.
- CRESPO MORA, C., «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjui-

- cios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, n.º 793, p. 2485.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., «Una perspectiva histórica del proceso: la «litiscontestatio» y sus consecuencias», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 13.
- «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 145.
- «La demanda en el proceso civil español», en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 438.
- Doctrina general del Derecho Procesal*, Barcelona, 1990.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Madrid, 2010.
- «Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, M^a Isabel Romero Pradas, Valencia, 2022, p. 693.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., «Legitimación y representación», en *Derecho y proceso*, Madrid, 2009, p. 254.
- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1947.
- Derecho Procesal Civil* (con Vicente Herce Quemada), Madrid, 1976.
- GONZÁLEZ CANO, I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada, 1996.
- GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, I, 1948, p. 344.
- HARR, Jonathan: *A civil action*, Nueva York, 1995 (existe una edición traducida en Plaza&Janes, publicada en 1999).
- IHERING, R., *El espíritu del derecho romano*, Granada, 2011, p. 656.
- La lucha por el derecho*, trad. Luis Lloredo Alix, Madrid, 2018.
- KASER, M., *Derecho privado romano*, trad. Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos, Madrid, 2022.
- LIEBMAN, E-T., *Manual de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las «class actions» en los Estados Unidos de América*, Granada, 2001.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.
- Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Antonio M.^a Lorca Navarrete, I, Valladolid, 2000, p. 162.
- MARTÍN PASTOR, J., «La acumulación objetivo-subjetiva de acciones como técnica de agilización de la justicia civil en tiempos de crisis», en *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Manuel Ortells Ramos y Rafael Bellido Penadés, Madrid, 2016, p. 177.

- MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil, un intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*, Madrid, 1994.
- «Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil», en *Teoría y Derecho*, n.º 7, Valencia, 2010, p. 14.
- MORELLO, A-M., *La justicia entre dos épocas*, Buenos Aires, 1983.
- MORENO CATENA, V., *Introducción al derecho procesal* (con Valentín Cortés), Valencia, 2021.
- «Sobre el futuro del proceso civil», en *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Libro homenaje a Valentín Cortés, A Coruña, 2022, p. 659.
- ORTEGO PÉREZ, F., «Poderes del juez y eficacia en los procesos colectivos: entre la dogmática y la práctica», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 52, 2020, p. 13.
- ORTELLS RAMOS, M., «Litigiosidad masiva y proceso civil», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Gemma García-Rostán Calvín y Julio Sigüenza López, Pamplona, 2017, p. 239.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., «Acuerdos en procesos colectivos de consumo: posibilidades y efectos», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, M.^a Isabel Romero Pradas, Valencia, 2022, p. 729.
- PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal*, I, Pamplona, 1985.
- REIFARTH MUÑOZ, W., *La tutela colectiva de los derechos fundamentales*, Pamplona, 2023.
- REVILLA GONZÁLEZ, A., «Third party litigation funding: un concepto relativamente nuevo y un negocio que crece rápidamente», en *Derecho y proceso*, Libro homenaje al profesor Ramos Méndez, Barcelona, 2018, III, p. 2115.
- SANDE MAYO, M. J., *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Pamplona, 2018.
- SILGUERO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995.
- WENGER, L., *Institutes of the roman law of civil procedure*, trad. Otis Harrison Fisk, 1986.
- WINDSCHEID, B., «La *actio* del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual», en *Polémica sobre la «actio»*, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1974.

X | La aplicación del artículo 135.5 de la LEC también a los plazos sustantivos tras el RD-Ley 6/2023¹

*Andrés Domínguez Luelmo*²
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valladolid

Fernando Toribios Fuentes
Prof. Asociado de Derecho civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. CÓMPUTO DEL TIEMPO. PLAZOS PROCESALES *VERSUS* PLAZOS CIVILES. 2. EL DÍA FINAL DEL CÓMPUTO Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 135.5 LEC. 2.1. EL MARCO NORMATIVO-ORGANIZATIVO ANTES DE LA LEC. 2.2. LA SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC. 2.3. EL NUEVO ESCENARIO TRAS LA LEY 42/2015. 2.4. LA APLICACIÓN DEL ART. 135 LEC A LOS PLAZOS SUSTANTIVOS TRAS EL REAL DECRETO-LEY 6/2023. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA

1. Cómputo del tiempo. Plazos procesales *versus* plazos civiles

Computar el tiempo equivale a medirlo, lo cual consiste, en síntesis, en tomar un concreto momento temporal inicial al que, tras aplicar unas reglas de cómputo preestablecidas, obtener un momento final. El tiempo es algo consustancial en todos los órdenes de la vida, y también en el Derecho, en especial en todas las instituciones en las que el legislador toma en consideración el factor temporal para determinar la posible adquisición o pérdida de derechos (caducidad, prescripción, preclusión, etc.).

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2019-107296GB-I00 («Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas»), financiada por MICIU/AEI/10.13039/501100011033.

2. Con esta aportación queremos rendir un sincero reconocimiento al profesor Manuel J. Cachón Cadenas. Se trata de una pequeña muestra del agradecimiento que debe hacersele como jurista, y como persona, por la generosa amistad que siempre nos ha manifestado.

Para realizar el cómputo del tiempo el ordenamiento jurídico utiliza las unidades convencionales fijadas por segundos, minutos, horas, días, semanas, meses o años. El sistema de cómputo de *momento a momento* al que suele denominarse «cómputo natural», apenas es utilizado por ningún ordenamiento jurídico³. Este sistema es poco práctico, pues supone realizar el cómputo teniendo en cuenta la hora y minuto del momento inicial: obliga a conocer el instante exacto a partir del cual se realiza el cómputo del plazo. El CC no utiliza este sistema⁴, pues aboca a grandes dosis de inseguridad⁵.

Cuestión distinta es deslindar los plazos civiles de los procesales, en lo que a su naturaleza y cómputo se refiere. Según se destaca, entre otras muchas, en las SSTs (1ª) 11 Jul. 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4876) y 20 Oct. 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6605), sólo ofrecen carácter *procesal* los plazos que tengan su origen o punto de partida en una actuación de igual clase, pero no cuando se asigna el plazo para el ejercicio de una acción⁶. Como se recoge en la jurisprudencia del TS: «únicamente ofrecen carácter procesal los que tienen su origen o punto de partida en una actuación de igual clase (notificación, citación, emplazamiento o requerimiento), por lo que no están comprendidos aquellos en que se asigna un determinado plazo para el ejercicio de una acción o un derecho jurídico material como es el caso del retracto rustico que aquí se quiere ejercitar»⁷. V. gr., el plazo para interponer un recurso de apelación tiene naturaleza *procesal*, pues nace con la notificación de un auto o sentencia. Por el contrario, el plazo para el ejercicio de una acción de retracto tiene naturaleza *sustantiva*, puesto que su nacimiento parte de una norma que lo fija o establece, pero completamente desvinculado de un proceso concreto⁸.

3. No obstante, el art. 30.1, ap. 2.º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC-AP), prevé el cómputo por horas: «Los plazos expresados por horas se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate y no podrán tener una duración superior a veinticuatro horas, en cuyo caso se expresarán en días».

4. A ello se refiere expresamente la STS (1ª) 7 Jun. 1989 (ECLI:ES:TS:1989:15570).

5. De hecho, para evitar equívocos en cuanto al momento en el que se adquiere la mayoría de edad, a pesar de que en el Registro Civil consta la hora exacta del nacimiento, y la inscripción «hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento» (art. 44.2 LRC), el art. 315 CC dispone: «Para el cómputo de los años de la mayoría de edad, se incluirá completo el día del nacimiento».

6. Se reitera con ello la doctrina expresada en las SSTs (1ª) 23 Ene. 1946 (ECLI:ES:TS:1946:396), 21 May. 1951 (ECLI:ES:TS:1951:742), 11 Feb. 1959 (ECLI:ES:TS:1959:882), 14 Nov. 1962 (ECLI:ES:TS:1962:124), 22 May. 1965 (ECLI:ES:TS:1965:832), 25 Jun. 1968 (ECLI:ES:TS:1968:2347), 29 May. 1992 (ECLI:ES:TS:1992:13148), 10 Nov. 1994 (ECLI:ES:TS:1994:7264), 22 Ene 2009 (ECLI:ES:TS:2009:36), 29 Abr. 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2391) y 29 Feb. 2012 (ECLI:ES:TS:2012:2538).

7. SSTs (1ª) 29 Abr. 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2391), 30 Abr. 2010 (ECLI:ES:TS:2010:208), 28 Jul. 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4379) y 20 Oct. 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6605).

8. Esta cuestión fue analizada por la SAP Valladolid (Secc. 3ª) 9 May. 2011 (ECLI:ES:APVA:2011:660). En esta sentencia el problema era el plazo para presentar una demanda de retracto de acuerdo con el art. 88 LAR/1980. Dicho precepto regula un plazo de caducidad de «sesenta días hábiles», pero se trata de un plazo

Determinar si nos encontramos ante un plazo de naturaleza sustantiva o procesal, es esencial para poder aplicar el distinto régimen jurídico y sistema de cómputo al que se ajusta cada uno de ellos, pues un error de calificación en esta siempre delicada materia podría abocarnos a resultados desastrosos. De igual modo, y aunque excede de estas líneas, es esencial clarificar si dentro de una norma procesal nos encontramos ante un plazo preclusivo o de caducidad⁹.

2. El día final del cómputo y la aplicación del artículo 135.5 LEC

El art. 5.1 CC prevé la exclusión del día inicial en el cómputo de los plazos, pero no establece nada en cuanto al día final. A los efectos del cumplimiento de obligaciones es doctrina pacífica que el día final debe ser computado en su totalidad, pues si se excluye el día inicial y nada se prevé sobre el día final, es porque éste debe ser contado por entero¹⁰, lo cual parece razonable, pues sólo así el plazo se disfruta en su integridad. En lo que al ámbito procesal se refiere, el art. 133.1 LEC es mucho más expresivo, pues indica que ha de computarse el día del vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas. Es de cita obligada en este punto el clásico aforismo *dies a quo non computatur in termino, sed computatur dies ad quem*, es decir, el día desde el que se inicia el plazo no se computa, pero sí el día final. En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia¹¹. Además, como se destaca en la STS (1ª) 21 Jun. 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2026), en el día final del cómputo no resulta aplicable el art. 130.3 LEC, conforme al cual la demanda debería haberse presentado antes de

civil del que sólo se pueden excluir los festivos en sentido estricto, no los sábados, ni los días del mes de agosto. No puede inducir a confusión que se trate de un plazo para presentar una demanda, pues no por ello estamos un plazo procesal. Sólo son plazos procesales los que nacen en el curso de un proceso para intervenir en el mismo.

9. Así, v. gr., el plazo para contestar a una demanda que recoge el art. 404.1 LEC es de preclusión, pero es de caducidad el plazo plasmado en el art. 500 LEC para instar el proceso de revisión de una sentencia firme.

10. Cabanillas Sánchez, A., «Comentario al artículo 5 CC», en Albaladejo García, M.; Díaz Alabart, S. (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, I-1.º, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1992, p. 636; García Rubio, M.P., «Comentario al artículo 5 CC», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 62; Fernández Costales, J., «Comentario al artículo 5 CC», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 65; Garciandía González, P.M., «Comentario al artículo 5 CC», en Cañizares Laso, A.; de Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, J.; Valpuesta Fernández, R. (Dir.), *Código Civil Comentado*, IV, 2.ª ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 71.

11. Vid. SSTs (1ª) 30 En. 1974 (ECLI:ES:TS:1974:223), 18 May. 1981 (S. 217/1981), 6 Feb. 1989 (S. 81/1989), 7 Jun. 1989 (S. 447/1989), 3 Oct. 1990 (S. 523/1990), 17 Nov. 2000 (ECLI:ES:TS:2000:8383), 31 Mar. 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2221), 29 Abr. 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2391) y 12 Jun. 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5770). La STC 65/1989, de 7 abril (ECLI:ES:TC:1989:65), aunque enfoca la cuestión desde una perspectiva procesal, se refiere igualmente al art. 5 CC y dispone que en ningún caso puedan reducir el plazo legal otorgado a las partes para la defensa de sus derechos que, en el caso de fijarse por días, finaliza a las veinticuatro horas del último, y no a las veinte horas como resultaría de la aplicación indebida, por restrictiva del derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución, que ha efectuado del art. 182.2 LOPJ.

las 20:00 horas, porque el plazo de prescripción es civil, no procesal. En este caso el plazo de prescripción finalizaba el 20 de febrero de 2018, y la demanda se había presentado en el sistema LexNET a las 22:40 horas de ese mismo día 20 de febrero y, por lo tanto, dentro del plazo. Sin embargo, este debate hoy no se plantearía ante la nueva redacción del art. 135.5 LEC, fruto del RD-Ley 6/2023, que permite ahora presentar escritos sujetos a plazo *sustantivo* hasta las quince horas del inmediato día hábil posterior a su vencimiento. Ello nos obliga a reelaborar y redefinir el problema de la determinación del día final del cómputo de los plazos cuando, para la articulación de un derecho sustantivo, se requiere su ejercicio procesal (v. gr., para el ejercicio de una acción de filiación o de anulabilidad).

Para una mejor comprensión de esta importante cuestión, creemos conveniente analizar la evolución legislativa y jurisprudencial acontecida, estructurándola a través de cuatro etapas a nuestro juicio claramente diferenciables. Así, podremos ver cómo ha sido resuelto el problema de que, en ocasiones, el derecho material sólo podría articularse, es decir, materializarse, a través del ejercicio de una acción procesal, para cuya promoción el justiciable debía adaptarse a las reglas procesales que, en ese momento normativo y organizativo, estaban vigentes.

2.1. El marco normativo-organizativo antes de la LEC

Durante la vigencia de la LEC 1881, sí que era posible la presentación de cualquier escrito (demandas inclusive) ante el Juzgado de Guardia. En efecto, en el marco normativo y organizativo de la Administración de Justicia previo a la entrada en vigor de la actual LEC, ningún problema se planteaba, toda vez que el ejercicio en plazo de los derechos sustantivos no se veía limitado ni restringido en medida alguna por el marco legal y organizativo de los Tribunales. De este modo, si el último día del plazo sustantivo era un día procesalmente hábil, el ejercicio de ese derecho sometido a plazo podía articularse mediante la presentación de la demanda ante el Juzgado o Registro o Decanato correspondiente¹², y si era fuera del horario de apertura o cuando se trataba de un día inhábil, mediante la presentación ante el Juzgado que prestaba el servicio de Guardia. No había, en consecuencia, cuestión controvertida en este particular, pues *todos* los días era posible presentar una demanda.

Es por ello que los tribunales hacían una interpretación rigorista del cómputo de los plazos sustantivos, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal

12. La disponibilidad de uno u otro lugar de presentación variaba en atención a la concreta plaza.

Supremo, tal y como podemos apreciar, entre otras, en la STS (1ª) 10 Nov. 1994 (ECLI:ES:TS:1994:19224), en la que se mantenía una interpretación estricta del cómputo de los plazos sustantivos y restrictiva en cuanto a su asimilación a los plazos procesales, al entender que no era de aplicación a los plazos sustantivos la normativa referente a los plazos procesales, y que por tanto debía de aplicarse el art. 5 CC y no el art. 182 LOPJ¹³.

2.2. La situación tras la entrada en vigor de la LEC

Uno de los problemas que quiso atajar el legislador de la actual LEC es el empleo abusivo de las funciones del Juzgado de Guardia (que en puridad era, por lo general, un Juzgado de Instrucción o, en algunas plazas, un Juzgado mixto o único), como una suerte de registro de presentación de demandas y escritos para los restantes órdenes jurisdiccionales, fuera del horario de atención al público de los órganos destinatarios de tales escritos¹⁴.

De este modo se decidió prohibir, mediante su inadmisión, la presentación ante el Juzgado de Guardia de escritos dirigidos a los tribunales civiles. Eso suponía, si bien se mira, recortar el plazo del que disponía el justiciable, pues de este modo no podía disfrutar el concreto plazo en su integridad, dado que el día del vencimiento sólo podía presentar sus escritos (demandas inclusive) durante el horario de atención del Juzgado, Registro o Decanato (hasta las 15:00 horas de la tarde). El art. 135.2 LEC era claro al respecto: «En las actuaciones ante los tribunales civiles, no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia». Pero el legislador, sabedor de que estaba recortando el disfrute pleno de los plazos, decidió *compensar* la eliminación de la tarde-noche del día de vencimiento, otorgando a cambio la mañana del inmediato día hábil posterior: *quid pro quo*. El art. 135.1 LEC así lo estableció: «Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del tribunal o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido».

La solución fue, por lo general, satisfactoria, pues logró que los Juzgados de Guardia cumpliesen su función primigenia y no otras. El problema que planteó la LEC es que no admitía la presentación en el Juzgado de Guardia de deman-

13. «El Derecho de impugnación ha decaído de modo fatal y automático, por existir caducidad y plazo o término sustantivo, no procesal, al que ha de aplicarse el art. 5.º 2 del Código Civil, en cuanto dispone que «en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles», sin que sean de aplicar, en cambio, los arts. 182 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

14. Nos referimos a las tardes de los días hábiles y a los festivos u otros días inhábiles.

das dirigidas a los tribunales civiles, con lo que quedaba en el aire el cumplimiento de los plazos sustantivos. Podía presentarse un recurso de apelación o una contestación a la demanda hasta el día hábil siguiente al del vencimiento, y así se denomina en el argot profesional a esa posibilidad como *día de gracia*¹⁵, pero nada se preveía respecto de los plazos de prescripción o de caducidad.

Por lo tanto, la interposición de una demanda en el ejercicio de un derecho cuyo plazo sustantivo caducaba o prescribía un día procesalmente inhábil (v. gr., un retracto de colindantes), no era legal ni materialmente posible, toda vez que la Oficina, Decanato o Registro estaba cerrada y el Juzgado de Guardia inadmitía su presentación. Como vemos, asistíamos a una disfunción cuando el derecho sustantivo (v. gr., acción de retracto) sólo podía materializarse mediante el ejercicio de una acción procesal ante los Tribunales (interposición de la correspondiente demanda). El problema no era menor, pues al ser distinto el sistema de cómputo civil del procesal, el justiciable constataba que su plazo sustantivo podía verse literalmente recortado por la organización procesal, acomodada especialmente en el ámbito civil, a un calendario de días hábiles.

Como puede comprobarse, resulta clave en este caso la calificación del plazo aplicable (civil o procesal), porque la manera de realizar el cómputo es diferente, hasta el punto de que decae el derecho por su ejercicio extemporáneo. No obstante, en los casos en los que el ejercicio del derecho sometido a plazo de prescripción o caducidad se realiza a través de un acto de naturaleza procesal (como es la presentación de una demanda de retracto), cabía plantear la posibilidad de tomar en consideración que el último día del plazo sea inhábil a efectos procesales. En este sentido, lo único que podría tenerse en cuenta es lo previsto en el art. 133.4 LEC: «Los plazos que concluyan en sábado, domingo u otro día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil»¹⁶.

La cuestión, exclusivamente referida al ejercicio judicial del derecho de retracto, fue igualmente contemplada por el TS, que apuntó la posibilidad de aplicar el art. 135 LEC que, antes de su reforma por medio del RD-Ley 6/2023, literalmente establecía: «La presentación de escritos y documentos, cualquiera que fuera la forma, si estuviere sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo (...)». En este sentido, se pronunció la STS (1ª) 29 Abr. 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2391)¹⁷.

15. Expresión recogida incluso por la jurisprudencia. Cfr. STC 47/2014, de 7 de abril (ECLI:ES:TC:2014:47).

16. En esta línea se pronuncia también la SAP Valladolid (Secc. 3ª) 9 May. 2011 (ECLI:ES:APVA:2011:660).

17. En el mismo sentido, también referidas al ejercicio de un derecho de retracto, se pronuncian las SSTs (1ª) 30 Abr. 2010 (ECLI:ES:TS:2010:208), 28 Jul. 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4379) y 20 Oct. 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6605).

En cualquier caso, la posibilidad de aplicar al cómputo civil los arts. 133.4 y 135.1 LEC debía ser objeto de interpretación restrictiva, extensible sólo al ejercicio de retractos u otras acciones de necesaria promoción jurisdiccional, como lo son —entre otras— la impugnación de acuerdos sociales, o de acuerdos de Juntas de Comunidades de Propietarios, por considerar que no es posible su ejercicio extrajudicial. De este modo, la jurisprudencia mantuvo la diferenciación clara entre plazos sustantivos y procesales, pero posibilitaba la aplicación a los plazos sustantivos de la normativa referente a los procesales, no en cuanto a su cómputo, sino en cuanto a su materialización¹⁸. No existía confusión ni asimilación de unos plazos y otros, sino que se trata de aplicar o computar los plazos procesales para hacer efectivos los plazos sustantivos¹⁹, toda vez que «(...) el derecho y la acción se ejercitan en la demanda y ésta es la que inicia el proceso. Existe una estrecha vinculación entre el plazo de caducidad, el derecho, el ejercicio de la acción y la interposición de la demanda», tal y como afirma la STS (1.ª) 11 Jul. 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4876).

Esta era, a nuestro juicio, la esencia del problema como antes se ha apuntado: en ocasiones el derecho material sólo podría articularse, es decir, materializarse, a través del ejercicio de una acción procesal, para cuya promoción el justiciable debía adaptarse a las reglas procesales que, en ese momento normativo y organizativo²⁰, no posibilitaban la presentación de una demanda un día festivo, pues no existía Oficina, Decanato o Registro disponible al efecto, máxime porque no es legalmente posible la presentación de escritos o demandas civiles en los Juzgados de Guardia²¹. De este modo, el modelo organizativo jurisdiccional, limitaba —restringiéndolo— el plazo sustantivo, que no permitía al justiciable disponer del plazo en su integridad²², lo que imponía a los Tribunales hacer una interpretación flexible, de tal suerte que, cuando el plazo sustantivo exigía la promoción de una acción procesal, su cómputo debía acomodarse a

18. En otros casos, el TS ha negado esa posibilidad, como ocurre con el plazo de seis meses previsto en el art. 1490 CC, jurisprudencia que es objeto de análisis al tratar el cómputo por meses o años.

19. Sanz López, J., «Plazos sustantivos y plazos procesales. Comentarios a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza», en *Diario La Ley*, número 9861, Sección Tribuna, 1 de junio de 2021.

20. Anterior a la Ley 42/2015.

21. Destaca Sanz López, «Plazos sustantivos...», cit., que esta interpretación tan rigorista del cómputo de los plazos sustantivos cambia tras la entrada en vigor de la LEC, toda vez que en el marco normativo de la LEC 1881 el Tribunal Supremo, en la STS (1ª) 10 Nov. 1994 (ECLI:ES:TS:1994:19224), mantenía una interpretación estricta del cómputo de los plazos sustantivos y restrictiva en cuanto a su asimilación a los plazos procesales. En la sentencia mencionada lo expone literalmente así: «El Derecho de impugnación ha decaído de modo fatal y automático, por existir caducidad y plazo o término sustantivo, no procesal, al que ha de aplicarse el art. 5.º 2 del Código Civil, en cuanto dispone que «en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles», sin que sean de aplicar, en cambio, los arts. 182 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

22. Cfr. SAP Madrid (Secc. 12.ª) 8 Jul. 2009 (ECLI:ES:APM:2009:11940).

las posibilidades que el sistema organizativo jurisdiccional ofrecía²³. Así, v. gr., si el plazo para el ejercicio de una acción de retracto caducaba un domingo, se permitía la presentación de la demanda en el inmediato día hábil posterior.

2.3. El nuevo escenario tras la Ley 42/2015

La tercera etapa en esta cuestión arranca con la reforma del art. 135.1 LEC por medio de la Ley 42/2015²⁴. En efecto, el criterio jurisprudencial del año 2009, se compadecía mal y exigía ser revisado con la nueva redacción que, tras la Ley 42/2015, recibió el art. 135.1 de la LEC²⁵: «Se podrán presentar escritos y documentos en formato electrónico todos los días del año durante las veinticuatro horas». Ese importante cambio legal, en tanto en cuanto permitía presentar escritos *todos los días del año durante las veinticuatro horas*, inevitablemente exigía un replanteamiento de la cuestión. Nos explicamos: a partir de ese momento normativo y tecnológico, ningún obstáculo impedía la presentación de una demanda cualquier día y a cualquier hora (fuese hábil o inhábil procesalmente hablando), por lo que las conclusiones mantenidas por la antes citada STS (1ª) 29 Abr. 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2391), no era ya defendibles, lo que significaba lisa y llanamente que el derecho sustantivo podía y debía materializarse conforme a sus propias reglas de cómputo, ya que la organización procesal (Juzgado, Oficina, Registro o Decanato), no limitaba, condicionaba ni restringía el ejercicio en plazo de los derechos y acciones. Así, la SAP Zaragoza (Secc. 4ª) 287/2020, de 20 Nov. 2000 (ECLI:ES:APZ:2020:1625) afirmó: «Ahora no hay problema material para que el cómputo del plazo sustantivo se realice de forma autónoma respecto al procesal, y ello porque no hay ahora dificultad material en la presentación de escritos en cualquier hora y día, y que esa presentación tenga los efectos que tengan que tener en el orden sustantivo».

23. Sobre este punto la doctrina de las Audiencias Provinciales estaba dividida [cfr. SAP Madrid (Secc. 12ª) 8 Jul. 2009 (ECLI:ES:APM:2009:11940), antes citada], pues no todas entendían aplicable a los plazos no procesales el cómputo procesal.

24. Aunque la Ley 41/2007, de 7 de diciembre introdujo una pequeña modificación en el art. 135 LEC, dejó invariable su contenido esencial en esta materia.

25. López Chocarro, I., «Los plazos sustantivos y los plazos procesales; divergencias sobre su cómputo y la posible aplicación a los primeros del art. 135 LEC. Análisis de la controvertida sentencia de la AP de Zaragoza de 20/11/2020», en *Diario La Ley*, número 9840, Sección Tribuna, 29 de abril de 2021, p. 9, afirma que «Con el nuevo redactado del art. 135 se puede entender que todo lo que se había debatido hasta ahora acerca de la posibilidad de aplicar el «*día de gracia*» a la presentación de demandas derivadas de un plazo sustantivo quedaba en nada, pues a partir de ahora la imposibilidad de presentar escritos de plazo ante el Juzgado de guardia no era impedimento alguno para que el titular del derecho al plazo pudiera disponer del mismo en su integridad».

Esta línea jurisprudencial creó un nuevo escenario²⁶ o, como la propia sentencia comentada lo calificaba, un nuevo panorama²⁷, a pesar de que ya la propia AP de Zaragoza se había pronunciado en dos ocasiones anteriores en idéntico sentido; resoluciones que pasaron desapercibidas²⁸. Nos referimos a la SAP Zaragoza (Secc. 4.ª) 21 Dic. 2017 (ECLI:ES:APZ:2017:2741) y la SAP Zaragoza (Secc. 4ª) 5 Feb. 2018 (ECLI:ES:APZ:2018:239). Sin embargo, cabe destacar que también encontrábamos otros pronunciamientos que se apartan de este criterio, es decir, que mantenían la vigencia de la línea jurisprudencial de la antes citada STS (1ª) 29 Abr. 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2391); línea que entendían no había variado pese a la reforma del art. 135.1 de la LEC por la Ley 42/2015. Así la SAP Pontevedra (Secc. 1ª) 12 Sep. 2019 (ECLI:ES:APPO:2019:1911), o la posterior SAP Cáceres (Secc. 1ª) 30 En. 2020 (ECLI:ES:APCC:2020:155). En todo caso, el criterio de la AP de Zaragoza parecía más acorde con la letra y espíritu del art. 135 de la LEC tras su reforma por la Ley 42/2015, pues los plazos sustantivos no cumplen ninguna finalidad en sí mismos considerados, sino como instrumento al servicio de la seguridad jurídica, por lo que, si un derecho tiene un plazo sustantivo asignado para su ejercicio, será su titular quien deba desplegar las medidas necesarias para su cumplimiento, y pudiendo promover su acción en cualquier momento, no cabe ampararse en recovecos procedimentales. De este modo, y parafraseando a la AP de Zaragoza, si la parte podía presentar telemáticamente su demanda, aunque fuese en tiempo procesalmente inhábil, debía así hacerlo, para poder de este modo respetar el plazo sustantivo²⁹. Por lo tanto cabía disociar o deslindar los *efectos sustantivos* de la presentación de la demanda, que se producirán en el mismo día de su presentación (la no caducidad de la acción o la no prescripción del derecho), de los *efectos procesales*, que se producirán *ex lege* el inmediato día hábil posterior (la perpetuación de la jurisdicción, el comienzo de la litispendencia, la posible competencia del Tribunal, etc.).

2.4. La aplicación del Art. 135.5 LEC a los plazos sustantivos tras el Real Decreto-Ley 6/2023

La última e importante etapa en la evolución legislativa que estamos analizando, comienza con la reciente modificación del art. 135.5 por medio del RD-Ley 6/2023, que en su nueva redacción dispone: «La presentación de escritos y documentos, cualquiera que fuera la forma, si estuviere sujeta a plazo, proce-

26. Así lo califica Sanz López, «Plazos sustantivos...», p. 3.

27. Exactamente lo titula «El nuevo panorama procesal derivado de las Leyes 18/2011 y 42/2015».

28. López Chocarro, «Los plazos...», cit., p. 12.

29. En contra Sanz López, «Plazos sustantivos...», cit., p. 5.

sal o sustantivo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo». Dos son, a nuestro juicio, las cuestiones que merece destacar. En primer lugar, se mantiene invariable la prohibición de presentar escritos para los tribunales civiles ante el Juzgado de Guardia (lo que obviamente se hace extensivo a demandas o cualquier otro escrito promotor). En segundo lugar, cabe reseñar que la presentación de escritos y documentos si estuviera sujeta a plazo, sea este procesal o —ahora también— *sustantivo*, podrá hacerse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo. Esta importantísima modificación significa, si se nos permite la expresión, que se *procesalizan* los plazos sustantivos, pues aunque su cómputo se somete a las reglas del CC, su ejercicio procesal, por el contrario, se acomoda a la normativa adjetiva. Si bien se mira, aunque los plazos sustantivos y procesales divergen en cuanto a las reglas de cómputo, la nueva regulación provoca que converjan el día final del cómputo en lo que a su ejercicio ante los Tribunales se refiere. En el fondo, a nuestro juicio, late la idea de que el ejercicio de un derecho sustantivo a través de una demanda es un acto de naturaleza procesal que da lugar con su admisión a la iniciación del proceso³⁰.

En suma, como es fácil de apreciar, los plazos sustantivos de ejercicio procesal (v. gr., demandas de acciones de impugnación de acuerdos sociales, retractos, acciones de filiación sometidas a caducidad, etc.) se convierten o tratan normativamente como plazos preclusivos en orden a su ejercicio tempestivo. Esto provocará, sin duda, que determinados plazos sustantivos especialmente breves (v. gr. plazos de caducidad en acciones de retracto) vean ampliada sustancialmente su duración al trasladarlos al calendario procesal, insistimos, no en lo que a su cómputo se refiere, sino exclusivamente en orden a su ejercicio ante los Tribunales. Ello será también extensible, si bien se mira, a los plazos prescriptivos, pues plazos sustantivos son.

3. Conclusión

El tiempo nos dirá cómo será interpretada por los Tribunales esta importante modificación legal, pero queremos destacar algunas dudas que, *prima facie*,

30. V. gr., si queremos impugnar los acuerdos tomados en una Junta de Propietarios celebrada el 6 de agosto de 2023 que, a juicio del impugnante, vayan en contra de los Estatutos (plazo de un año), el plazo sustantivo expirará el 6 de agosto de 2024, pero con la nueva redacción del art. 135.5 LEC, podremos presentar nuestra demanda hasta las quince horas del primer día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, que en nuestro caso será el día 2 de septiembre de 2024. Otro ejemplo: si la Junta de Propietarios se celebró el 31 de julio de 2023, el plazo vencería el 31 de julio de 2024, pero podríamos presentar nuestra demanda hasta las 15:00 horas del primer día hábil posterior, que en este caso sería igualmente el 2 de septiembre de 2024. Por lo tanto, es indiferente que el plazo sustantivo finalice un día hábil o inhábil, pues en todo caso se permite la presentación hasta las 15:00 horas del inmediato día hábil posterior.

nos sugiere la norma. No está claro si podemos o no hablar de una ampliación o prórroga *ex lege* de los plazos prescriptivos en determinados supuestos, esto es, cuando el plazo del ejercicio de un derecho sometido a prescripción expira un día inhábil. En otras palabras, resulta dudoso discernir si el derecho se considera prescrito, pero se permite la presentación de la demanda hasta las quince horas del inmediato día hábil siguiente, lo cual parece razonable defender, o si se considera prorrogado el plazo prescriptivo. Las consecuencias de decantarse por una u otra postura son importantes, pues en puridad no parece que se prorrogue propiamente la vida del derecho, sino exclusivamente la posibilidad de su ejercicio procesal³¹. Al hilo de estas dudas planteadas y de otras muchas que la lectura la norma sugiere, creemos que la nueva redacción del art. 135.5 de la LEC permite dos interpretaciones en lo que al alcance de su aplicación se refiere, que no nos resistimos a dejar, al menos, planteadas.

Una primera interpretación, que podemos denominar *amplia o expansiva*, se abre a sostener que, tal y como se desprende de la literalidad del art. 135.5 LEC, se permitiría la presentación de escritos de demanda o cualquier escrito promotor³² hasta el siguiente día hábil al del vencimiento, en todos los casos en los que el derecho que se acciona esté sometido a un plazo sustantivo perentorio, sin excepción. De esta manera, quedaría incluido cualquier supuesto de derecho sometido a plazo para su ejercicio, sea de prescripción, de caducidad o de cualquier otro tipo. Así las cosas, los plazos sustantivos se verían de alguna manera asimilados a los procesales en lo que a su ejercicio tempestivo se refiere, pues tanto una contestación a una reconvención, como la promoción de un recurso de apelación, o la interposición de una demanda en que se ejercite una acción de anulabilidad, pueden presentarse hasta las quince horas del inmediato día hábil siguiente al del vencimiento del plazo. Esta interpretación tiene pleno encaje en la literalidad de la norma, pues ésta antes aludía a plazos, sin adjetivar (aunque obviamente no podía referirse a otros que a los procesales), mientras que ahora adjetiva esos plazos, toda vez que se refiere, *expressis verbis*, a los *procesales* y a los *sustantivos*, si añadir nada más.

31. V. gr., el 10 de agosto de 2023, se producen daños en un vehículo como consecuencia de la caída de una maceta desde una vivienda. Dado que estamos ante un plazo de un año por tratarse de responsabilidad extracontractual, podremos presentar nuestra demanda hasta las quince horas del 2 de septiembre de 2024. ¿Pero qué ocurre si hacemos un requerimiento de pago (burofax) el día 15 de agosto de 2024, es decir, después de haber transcurrido el año que impone el art. 1968 CC, pero antes del límite para su ejercicio procesal? ¿Se considerará interrumpida extrajudicialmente la prescripción o solo salvará la prescripción la presentación en plazo de la demanda?

32. Entendiendo por tal a *todo escrito iniciador* que posea la virtualidad de iniciar el proceso civil y que sea vehículo para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los Tribunales y que, como tal, se erige igualmente en el acto procesal por medio del cual la parte interpone la pretensión.

Pero, frente a esta interpretación amplia, cabe formular otra más *restrictiva*, en la que se partiría de diferenciar aquellos supuestos en los que el ejercicio de la acción ante los Tribunales mediante la articulación de una demanda, es la única vía o forma de la que dispone el titular del derecho para hacerlo valer (caso claro de una acción de anulabilidad o de retracto, u otras acciones de necesaria promoción jurisdiccional), de otros supuestos en los que el ejercicio de una acción procesal ante los Tribunales es una más de las vías, cauces o instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del titular del derecho para su defensa. Paradigmático de este segundo supuesto es el caso de un derecho de crédito sometido a prescripción, pues la vía judicial no es la única para su defensa o interrupción, pues junto a ella (art. 1973 CC) se alzan otras como la interrupción extrajudicial. Ahora las cosas cambian, pues mientras que si queremos hacer valer un derecho de retracto, el ejercicio procesal es la única vía factible, pero en el concreto supuesto de la prescripción hay otras. En conclusión, puede decirse que en los primeros supuestos (acción de anulabilidad o de retracto) la vía procesal es *necesaria*, mientras que en los segundos (crédito prescriptible) es *contingente o potestativa*. Si a ello unimos el pacífico criterio jurisprudencial de entender que han de ser interpretados de manera restrictiva los supuestos de interrupción de la prescripción, cabría interpretar la previsión contenida en el art. 135.5 LEC en lo atinente a la inclusión de los plazos sustantivos en atención al carácter necesario o potestativo del concreto proceso.

De este modo, el art. 135.5 LEC sería plenamente de aplicación a los plazos sustantivos cuando el ejercicio procesal en defensa del derecho tenga carácter necesario, de tal modo que al justiciable no se le abra otra alternativa que acudir a los Tribunales para hacer valer su derecho, so pena de perderlo. Las acciones sometidas a caducidad son un exponente paradigmático de este caso, pues no es sino a través de una demanda la vía para su legítima defensa y satisfacción. También entrarían en esta categoría los derechos que hayan alcanzado su plazo máximo de prescripción y, por lo tanto no susceptible de interrupción (v. gr., art. 35 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; art. 121-24 CCCat; y ap. 4º de la ley 23 FN). Por ello, es lógico entender que ha de aplicarse un margen de flexibilidad, como lo hace el art. 135.5 LEC, para su ejercicio, pero insistimos anudado a derechos de necesario ejercicio procesal. Por el contrario, cuando la vía procesal no sea la única, puede no tener sentido permitir un uso abusivo de la norma, pues constituiría una anomalía que distorsiona, especialmente cuando son breves, los plazos de vida de los derechos. Así, v. gr., no parece tener mucha lógica aplicar el art. 135.5 LEC a los plazos prescriptivos cuando el titular puede hacer uso de la interrupción extrajudicial con un simple, email, telegrama o burofax, ya que el proceso no tiene carácter único ni necesario.

Por otro lado, una reforma de este calado (nos referimos a la extensión del art. 135.5 LEC a los plazos sustantivos) tiene un alcance que tal vez el legislador no ha calibrado con cautela, pues a nuestro juicio puede generar más inseguridades de las que neutraliza. Antes se ha dicho: no queda claro, especialmente respecto de los derechos sometidos a reglas prescriptivas, si se amplía el plazo de vida del derecho o únicamente su ejercicio, ni tampoco en el supuesto de obligaciones solidarias qué acontece respecto de los restantes deudores si sólo se demanda a uno de los obligados.

Otra cuestión que queremos destacar en esta siempre compleja materia, es la atinente a los problemas que pueden plantearse cuando el Registro judicial electrónico no funciona correctamente o cuando existe una interrupción del servicio, así como la obtención del justificante de la presentación. Para la eventualidad de interrupción o no funcionamiento del servicio, se ha previsto la posibilidad de la presentación al día siguiente, en los términos de los apartados 2 y 3 del art. 135 LEC. Igualmente ha de tenerse en cuenta el contenido de los arts. 70 a 72 del RDLey 6/2023 que dan cumplida respuesta a estas importantes cuestiones de la presentación y su justificación.

Finalmente, en lo que al ámbito *temporal* de aplicación del precepto se refiere, hemos de remitirnos a la Disposición transitoria segunda del RD-Ley 6/2023, en virtud de la cual el nuevo contenido del art. 135.5 LEC se aplicará sólo y exclusivamente a los nuevos procedimientos, entendiendo por tales los promovidos desde el 20 de marzo de 2024 (entrada en vigor de la norma), por lo que no será de aplicación a los procedimientos que ya se encontrasen en trámite en esa fecha: «Las previsiones recogidas por el libro primero del presente real decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos judiciales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, salvo que en este se disponga otra cosa».

4. Bibliografía

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Comentario al artículo 5 CC», en Albaladejo García, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, I-1.º, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1992, pp. 636 y ss.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J., «Comentario al artículo 5 CC», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 62 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «Comentario al artículo 5 CC», en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 61 y ss.
- GARCIANDÍA GONÁLEZ, P.M., «Comentario al artículo 5 CC», en Cañizares Laso, A.; de Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, J.; Valpuesta Fernández, R. (dirs.),

Código Civil Comentado, IV, 2.^a ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 69-74.

SANZ LÓPEZ, J., «Plazos sustantivos y plazos procesales. Comentarios a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza», en *Diario La Ley*, número 9861, Sección Tribuna, 1 de junio de 2021.

XI | La menor protección de las personas vulnerables en los desahucios arbitrales¹

Ramon Escaler Bascompte²
Profesor Agregado de Derecho Procesal
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 1.1. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEC NO SON APLICABLES A ARBITRAJE. 1.2. LA INFERIOR PROTECCIÓN EN EJECUCIÓN. 1.3. *LEGE FERENDA*, LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN PREVISTAS EN LAS DEMANDAS DE JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO, DEBIERAN SER APLICABLES EN LOS DESAHUCIOS ARBITRALES. TRANSITORIEDAD. 1.4. LA REVISABILIDAD DE LA CONDICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL Y LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD POR EL JUEZ EJECUTOR, ANTE UN CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS ALEGADAS Y, EN SU CASO, PROBADAS POR EL DESAHUCIADO. 2. CONCLUSIÓN. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Pensando un tema que pudiera conectar mis líneas de investigación con la actividad académica desempeñada por el Prof. CACHÓN, advertí que podía aunar, en un único trabajo, ciertas reflexiones que había desarrollado en las distintas

1. El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado «Retos del Derecho Procesal» (2021SGR00991) de la AGAUR; y del Proyecto I+D «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación, ambos liderados por el profesor JOAN PICÓ JUNOY.

2. Gracias al Maestro común que hemos tenido la fortuna de compartir con el profesor CACHÓN, tuve la suerte de conocer al aquí homenajeado desde muy al inicio de mi carrera universitaria. Desde entonces, hemos compartido diversas vivencias académicas (estuvo en mi tribunal de tesis, participado en los mismos grupos de investigación, también algunas peripecias en coche camino de congresos...). Seguramente es coincidente, con las muchas personas que en alguna ocasión hemos acudido a él, para que nos ofreciera su opinión sobre alguna duda jurídica que nos preocupara, el agradecimiento por sus desinteresadas y generosas sugerencias surgidas en las «charlas-café», que nos han aportado luz hacia las soluciones jurídicas más sensatas. Siempre me ha ayudado cuando se lo he pedido y, lo más importante, siempre he sabido que estaría allí cuando lo necesitara. Desde el punto de vista académico, me ha enriquecido enormemente su cercanía, pero, desde el punto de vista personal, incluso todavía más. Durante los más de veinticinco años que nos conocemos, también hemos compartido situaciones personales difíciles y, también aquí, me ha demostrado su grandeza interior, equiparable tanto o más a su excelencia procesal. Por todo ello, quiero darle las gracias por haber sido mi otro gran Maestro.

aportaciones que realicé en los dos proyectos de investigación, liderados por el Prof. CACHÓN, en los cuales tuve el privilegio de participar. Por orden cronológico, en primer lugar analicé las soluciones procesales a los desahucios de personas físicas sobreendeudadas; con posterioridad, la protección procesal del consumidor, desde la perspectiva de los arbitrajes³. Muy resumidamente, las principales conclusiones que sostuve, en cuanto a los desahucios de las personas físicas, apuntaban hacia la necesidad de sistematizar las soluciones procesales que se ofrecieran a las personas vulnerables, tanto si fueran desahucios de arrendamientos como hipotecarios, en la línea de lo que apuntaba la legislación catalana al respecto⁴. Afortunadamente, la legislación procesal estatal, más reciente, en los últimos años ha tendido a unificar estas soluciones, muy particularmente después de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, Ley de vivienda).

Sin embargo, en un período legislativo en el cual se han fomentado proyectos legislativos encaminados a promover los métodos alternativos a la justicia estatal, el legislador se ha olvidado de regular, para los desahucios arbitrales, determinadas soluciones procesales pensadas para las personas vulnerables, siendo la Ley de vivienda la muestra más reciente. Ello genera la duda de si dichas medidas de protección son aplicables a los desahucios arbitrales o, incluso, de si con ello se convierten en inarbitrables los desahucios de viviendas habituales de personas vulnerables. Desde esta perspectiva, posiblemente algo no cuadra en cuanto al fomento de los métodos alternativos. Asimismo, tampoco encaja con la protección de los consumidores, cuando son los grandes tenedores inmobiliarios los que arriendan bienes a personas físicas, a la postre, vulnerables, lo que también me incita a reflexionar, con relación a algunas de las principales conclusiones que sostuve en el proyecto de investigación relativo a la protección del consumidor. En este sentido, si existe un sistema de solución de litigios gratuito, como son las Juntas Arbitrales de Consumo, por qué no apostar claramente por ellas como mecanismo especializado para proteger a los consumidores, en este caso particular, en materia de desahucios. Su gratuidad y flexibilidad los puede hacer tan competi-

3. Las referencias detalladas sobre los proyectos citados son: «Soluciones procesales al sobreendeudamiento del ciudadano», (DER 2013— 44137 P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, (período 2013-2017) y «Derecho Procesal del Consumo», (PGC 2018-096260-B-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia Innovación y Universidades, (período 2018-2022).

4. En este sentido, ESCALER BASCOMPTE, R., «Soluciones procesales a las personas físicas sobreendeudadas: el juicio concursal como cauce integrador», en *Derecho y Proceso* (Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez), M. Cachón, J. Franco (coords.), edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 765-808. Básicamente, la legislación catalana a la que se alude, que pese a sus buenas intenciones fue declarada inconstitucional en todas aquellas previsiones de índole procesal que contuviera, por ser la legislación procesal competencia exclusiva estatal de acuerdo con el art. 149.6 CE, fue: la Llei 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y de la pobreza energética y la Llei 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

vos como los desahucios regulados en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), pero, para ello, hay que valorar si les resultan de aplicación las medidas de protección introducidas por la Ley de vivienda. Desafortunadamente, no parece que así sea, quizás porque el legislador de la citada ley solamente estaba pensando en los juicios estatales, por lo que debiera modificarse.

Por todo ello, la idea que se argumentará en este trabajo pivota sobre la conveniencia de unificar las medidas de protección de las personas vulnerables desahuciadas a todos los sistemas de solución de litigios, debiéndose prever para los desahucios arbitrales unas medidas de protección análogas a las introducidas en la LEC.

1.1. Las medidas de protección de la LEC no son aplicables a arbitraje

Cuando en el enunciado de este epígrafe se afirma que las medidas de protección de la LEC, de personas vulnerables que pretenden ser desahuciadas, no son aplicables a arbitraje conviene recordar que el arbitraje es una alternativa a la fase declarativa de los juicios de desahucio de la LEC. En cambio, si lo que se pretende es ejecutar un laudo que condena al desahucio, luego sí, le son aplicables las nuevas medidas de protección introducidas por la Ley de vivienda, recogidas, básicamente, en el apartado 4 del art. 549 LEC para las demandas ejecutivas, conforme se desarrollará en el epígrafe 1.2.

Ahora bien, el problema que aquí se plantea sería si las medidas de protección análogas, previstas para las demandas de desahucio en los juicios verbales en los arts. 439 y ss. LEC, son aplicables a los desahucios arbitrales. La buena técnica jurídica, en aras a la protección de los consumidores (en este caso arrendatarios ante grandes tenedores) así lo aconsejaría, a la vez que se pudiera fomentar, en su caso, el arbitraje ante las Juntas Arbitrales de Consumo en ese ámbito. Posiblemente hubiera bastado con una Disposición Final en la citada Ley de vivienda, modificando el art. 4.5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU). En este sentido, conviene no olvidar que el citado art. 4.5 LAU regula la idoneidad del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en materia de arrendamientos urbanos. Asimismo, también hay que traer a colación la consolidada doctrina jurisprudencial que considera arbitrables aquellas materias que puedan tener especialidades procedimentales en caso de acudir a la justicia estatal, como sería el supuesto de las medidas de protección introducidas por la Ley de vivienda. Sirva de refe-

rencia, para todas, la doctrina de la STS 18 de abril de 1998 (A. 2984)⁵, que para un caso análogo de una materia con normas imperativas y con especialidades procesales en caso de acudir a los juicios estatales, argumenta la disponibilidad (carácter negocial) de la cláusula arbitral en la materia, pese a que esté regida por normas imperativas o de «ius cogens», no pudiendo alegar el orden público como excluyente del arbitraje⁶.

Cuestión distinta es que el arbitraje en materia de arrendamientos urbanos deba respetar las normas imperativas contenidas en la LAU. Es aquí donde reside la clave de la argumentación sostenida en este punto: las medidas de protección de las personas vulnerables que pretenden ser desahuciadas, contenidas en la LEC, no son aplicables en caso de desahucio arbitral, solamente lo serían en caso de haberlas introducido en una norma sustantiva como es la LAU o, en su caso, la propia Ley de vivienda. En consecuencia, *lege ferenda*, fuera deseable modificar el art. 4.5 LAU en este sentido, unificando las medidas de la LEC a los desahucios arbitrales. Advuértase que el mismo problema se manifiesta con otra de las instituciones clásicas de protección de los arrendatarios, como sería la enervación, cuya ubicación, en el art. 22 LEC, conduce a las mismas conclusiones sobre la inaplicabilidad a los desahucios arbitrales⁷. Es verdad que nada impediría que un convenio arbitral configurara la aplica-

5. Al respecto, cabe atender especialmente a lo dispuesto en su Fundamento Jurídico 2: «La posibilidad de someter a un arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 abril 1905 y 9 julio 1907; la Sentencia de 15 octubre 1956 (RJ 1956/3194) cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las Sentencias de 27 enero 1968 (RJ 1968/550), 21 mayo 1970 (RJ 1970/3584) y 15 octubre 1971 (RJ 1971/3956); actualmente, tras las reformas legales, tanto la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «ius cogens» pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989/ 2737 y RCL 1990/206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.»

6. Las citadas normas imperativas de la Ley de vivienda han provocado que algunos autores consideren inarbitrables los desahucios derivados de contratos de arrendamiento. No es objeto de este trabajo analizar una cuestión que parecía superada desde el art. 4.5 LAU. En esta línea, véase, para todos, LORCA NAVARRETE A.M., «La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, impide el desahucio arbitral», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, julio-septiembre 2023, nº 16, (edición digital), en el que enuncia hasta catorce motivos por los que se impide el desahucio arbitral.

7. En sentido opuesto, FUENTES-LOJO RIUS, A., «La sumisión a desahucio de los desahucios arrendaticios», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, julio-septiembre 2023, nº 16, (edición digital), si bien admite los desahucios arbitrales, con el debido respeto a las normas de orden público, en la línea aquí sostenida, considera que la validez de dichos arbitrajes está condicionada por el respeto de normas de orden público procesal como es la facultad enervatoria del art. 22 LEC.

ción de estas «soluciones de la LEC» a los desahucios arbitrales, pero, ante el silencio y, sobre todo, la posición normalmente más débil de los consumidores-arrendatarios, lo suyo sería establecer en una norma sustantiva que las medidas de protección previstas en la LEC también fueran exigibles en arbitraje⁸. De este modo, se fomentaría a la par la protección de los consumidores y los sistemas alternativos como el arbitraje.

1.2. La inferior protección en ejecución

Cuando en el apartado anterior se indicaba que las medidas de protección de la LEC no son aplicables a arbitraje, ya se precisaba que ello quedaba acotado a la fase declarativa que es competencia de la actividad arbitral, que culmina, en su caso, con el laudo de condena al desahucio. Como es sabido, la potestad ejecutiva no es competencia de los árbitros por lo que, en el supuesto que deba ejecutarse el laudo, habrá que acudir a la colaboración de los tribunales estatales, competentes para la ejecución del laudo. El apoyo legal para la aplicación, al menos parcial, de las medidas de protección en la ejecución de los

8. Con relación al tema, la STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2022 (JUR. 329281), planteaba una problemática análoga a la aquí suscitada, a raíz de las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (de hecho serían la génesis del art. 441.5 LEC). En el supuesto se reclamaba la anulación de un laudo de desahucio por falta de pago, por no haber aplicado las medidas de protección de personas vulnerables del art. 441 LEC, infringiendo el orden público procesal. Resumidamente, en su Fundamento Jurídico 5d), destaca que «el Gobierno solo había previsto su aplicación en sede de órganos de la Jurisdicción civil y en el marco del procedimiento de desahucio arrendaticio que se regula en la LEC...la iniciativa de informar al demandado de la posibilidad de acudir a los servicios sociales...solo se ha previsto para el procedimiento jurisdiccional, pero no, incomprensiblemente, sin duda, para el procedimiento arbitral...». Asimismo, el propio FJ 5d) afirma que «no cabría una aplicación por analogía o por razón de supletoriedad de las normas de la LEC a arbitraje... con excepción del procedimiento de ejecución forzosa que sí se rige por la LEC...». No obstante, en cierta contradicción con lo anterior, considera que las normas de protección de los desahuciados del art. 441.5 LEC son de orden público procesal, al igual que otros derechos irrenunciables como el de enervación, por lo que debían ser de aplicación. Curiosamente, pese a ello, desestima la vulneración en el caso concreto, achacando a la parte demandante su pasividad en el desahucio arrendaticio (lo que no encaja con unas medidas pensadas justamente para hacer frente a la debilidad procesal de las personas vulnerables), además de que, al no haberse procedido a la ejecución, entiende que no ha habido indefensión o perjuicio, puesto sería en esa fase en la que pudiera subsanarse la posibilidad de hacer efectivas las medidas de protección no practicadas en fase de tramitación, reiterando «máxime cuando la norma que implementa dichas medidas... no contemplaba su aplicación a los procedimientos de arbitraje». En comparación con el escenario análogo de la Ley de vivienda, el legislador incurre en el mismo olvido en cuanto a la aplicación de las medidas, sin la excusa de la urgencia de la situación de pandemia; los tribunales tienen claro que como regla general no hay que aplicar reglas previstas por la LEC a arbitraje (pese a las inconsecuencias con el derecho de enervación y medidas de protección de personas vulnerables previstas en la LEC), y que su posible subsanación en ejecución, también sería parcialmente posible con la previsión del art. 549.4 LEC, introducida por la Ley de vivienda, pero que, conforme se desarrollará en el punto 1.2, las medidas de protección en ejecución, son inferiores a las previstas en fase declarativa, por lo que tampoco es una solución del todo correcta. A favor de los argumentos de la citada sentencia, puede consultarse, SÁNCHEZ POS, M.V., «De nuevo sobre la aplicación análoga de las normas imperativas de la LEC al procedimiento arbitral de desahucio por falta de pago», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, enero-marzo 2023, nº 14, (edición digital).

laudos arbitrales de desahucio, estaría en el apartado 4 del art. 549 LEC, reformado por la Ley de vivienda⁹. Ciertamente, con ello se activan buena parte de las medidas de protección de las personas desahuciadas vulnerables. En este sentido, el citado art. 549.4 LEC indica que no se procederá al lanzamiento de vivienda habitual si no se ha procedido conforme a lo previsto en los apartados 5, 6 y 7 del art. 441 LEC¹⁰, entendiendo que hay que interpretar que allí donde el art. 441 LEC alude a la demanda (de juicio declarativo), hay que considerar que sería la demanda de ejecutiva, lo que seguramente hubiera exigido una mejor técnica legislativa al efectuar la remisión.

Ahora bien, aun admitiendo la salvedad interpretativa apuntada, si se presenta la demanda ejecutiva de desahucio fundada en un laudo arbitral, no todas las medidas de protección previstas en los apartados 6 y 7 del art. 439 LEC, para los juicios declarativos, se reproducen. En este sentido, el art. 441.5 LEC dispone que en el supuesto que sea vivienda habitual, al notificar el decreto de admisión de la demanda (entiéndase ejecutiva, por la remisión del art. 549.4 LEC) se informará a la parte demandada sobre la posibilidad de acudir a las Administraciones competentes para que evalúen su situación de vulnerabilidad; asimismo, sin perjuicio de ello, de oficio, el Juzgado también se pondrá en contacto con dichas Administraciones para verificar la situación de vulnerabilidad. En los casos que la parte demandante fuera una gran tenedora, el art. 441.5 LEC señala que cuando, juntamente con la demanda, la parte actora ya hubiere acreditado la situación de vulnerabilidad, en el propio oficio a las Administraciones ya se hará constar para que efectúen directamente la propuesta de medidas de protección. Recibida la respuesta de las Administraciones, se dará traslado a las partes para que puedan instar lo que a su derecho convenga. A la vista de la información recibida de las Administraciones y los escritos de alegaciones de las partes o transcurrido el plazo para ello, el art. 441.6 LEC señala

9. La Ley de vivienda, modificó los apartados 3 y 4 del art. 549 LEC del siguiente modo: «3. En la sentencia condenatoria de todos los tipos de desahucio, o en los decretos que pongan fin al referido desahucio si no hubiera oposición al requerimiento, la solicitud de su ejecución en la demanda de desahucio será suficiente para la ejecución directa de dichas resoluciones, sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora exacta señalados en la propia sentencia o en el día y hora exacta que se hubiera fijado al ordenar la realización del requerimiento al demandado, todo ello según el apartado 5 del artículo 440. 4. El plazo de espera legal al que se refiere el artículo anterior no será de aplicación en la ejecución de resoluciones de condena de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, que se regirá por lo previsto en tales casos. No obstante, cuando se trate de vivienda habitual, con carácter previo al lanzamiento deberá haberse procedido en los términos de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 441 de esta ley.» En cuanto a la previsión del art. 549.3 LEC, no resultaría de aplicación a las condenas de desahucio, porque, por sus especialidades, solamente procede cuando el título ejecutivo sea una sentencia o decreto derivados de los juicios declarativos de desahucio, desarrollados conforme a la LEC. En cambio, el art. 549.4 LEC, alude a «resoluciones de condena de desahucio», lo que admite su aplicación a la ejecución de laudos de desahucio arbitral, de forma sistemáticamente coherente con el art. 548 LEC, al que se remite el propio artículo, que se refiere a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación.

10. En el epígrafe 1.3 de este trabajo, se describen detalladamente dichas medidas.

que el tribunal, por auto, resolverá si se suspende el proceso para que se adopten las medidas propuestas, por un plazo máximo de dos meses si el demandante es persona física o cuatro meses, si es jurídica (este último sería el supuesto en que los arrendatarios pueden tener la consideración de consumidores)

Nótese que en la demanda ejecutiva de desahucio de vivienda habitual, cuando el demandante sea un gran tenedor, no deberá acreditar la situación de vulnerabilidad, si ya lo había acreditado antes (en el juicio declarativo previo). Ello no sucederá si el procedimiento que ha generado el título ejecutivo es un laudo, aunque nada impediría que los actores que pretenden ejecutar el laudo arbitral hubieran cumplido con este requisito, de manera análoga a lo que el art. 439.6 LEC exige para las demandas de desahucio en juicio verbal.

Sin embargo, la medida de protección que desaparece por completo, en caso de demanda ejecutiva, es el intento de conciliación o intermediación previo del art. 439.7 LEC. En efecto, ella no es una condición de procedibilidad para la demanda ejecutiva, a la que se remita indirectamente el 549.4 LEC. De ahí que pueda afirmarse que las medidas de protección de las personas vulnerables desahuciadas sean inferiores cuando se funda la demanda ejecutiva en un laudo arbitral. Probablemente, bastaba con modificar el art. 4.5 LAU, indicando que los requisitos de procedibilidad de las demandas de desahucios arbitrales debieran ser las mismas que ante los tribunales estatales, entendiendo que son medidas de protección de orden público. Es más, conviene no olvidar que dicha reforma se contextualiza en un período legislativo en el cual se pretende fomentar los medios alternativos a la justicia estatal, convirtiendo a la conciliación / intermediación previas en requisitos de procedibilidad¹¹. Nada impediría que dichos requisitos previos, en aras a la protección de consumidores y, personas desahuciadas vulnerables, en general, fueran exigibles en los desahucios arbitrales. De hecho, no es nada extraño, en la práctica arbitral, que se fijen cláusulas híbridas que prevén conciliaciones o mediaciones previas al arbitraje, que operan como condición de procedibilidad.

11. En este sentido, en el Proyecto de ley de Medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de abril de 2022, así como el informe de la Ponencia sobre dicho Proyecto, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 8 de junio de 2023, se preveía que los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, con carácter general, se consideraran requisitos de procedibilidad para la admisibilidad de las demandas en el orden jurisdiccional civil. El Anteproyecto de ley orgánica que reorganiza la Administración de justicia, aprobado el Consejo de Ministros de 12 de marzo de 2024, las sigue contemplando en la misma línea, al igual que el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, aprobado por el Congreso en fecha 14 de noviembre de 2024.

En otro orden de consideraciones, a todo ello cabe añadir que, para que el consumidor obtenga la protección de las medidas previstas en la LEC, habrá tenido que pasar por un procedimiento arbitral previo (en el que no se activa ninguna de las medidas de protección mencionadas), sin descartar que, muchos de los consumidores condenados, cumplan voluntariamente el laudo por agotamiento procesal (básicamente por el riesgo de mayores costes y tiempo), por lo que, en ningún caso se activen las medidas de protección, previstas en ejecución.

En consecuencia, si al acudir a los procesos judiciales de desahucio se han previsto medidas de protección desde el primer momento, en fase declarativa, reguladas incluso como requisitos previos a la demanda, no parece justificado que no se hayan equiparado esas mismas formas de protección al acudir a arbitraje. Con ello se está atacando a la vía arbitral como mecanismo alternativo de solución de conflictos, cuando además está prevista en España una vía importante de protección a los consumidores, como son las Juntas Arbitrales de Consumo¹². Las medidas de protección a los consumidores debieran ser idénticas con independencia del sistema de solución de litigios elegido por éstas para resolver los conflictos.

1.3. *Lege ferenda*, las medidas de protección previstas en las demandas de juicio verbal de desahucio, debieran ser aplicables en los desahucios arbitrales. Transitoriedad.

Conforme se ha advertido en el apartado anterior, se echa en falta una previsión de la Ley de vivienda que extienda la aplicabilidad de las medidas de protección de personas desahuciadas vulnerables, previstas en la LEC, a los desahucios arbitrales. En este sentido, el art. 4.5 LAU, que no ha sido modificado, sigue admitiendo, los arbitrajes en materia de arrendamientos urbanos: «Las partes podrán pactar la sumisión a mediación o arbitraje de aquellas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del arbitraje». Pese a que pueda interpretarse que las medidas de protección son de orden público, ya se ha argumentado que ello no impide que puedan resolverse los desahucios acudiendo a arbitraje. La buena técnica legislativa debiera contener estas medidas en la ley sustantiva, evitando la remisión a la LEC que, como se

12. Sobre la viabilidad de esta opción, LORCA NAVARRETE A.M., «La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda,...», ob. cit., pese a mostrarse contrario al desahucio arbitral, admite que al tener el arrendatario la condición de consumidor, la reclamación de los impagos de rentas en que haya incurrido podría plantearse ante el sistema arbitral de consumo.

ha indicado, solamente es aplicable a procesos judiciales estatales y no a arbitraje. De este modo, lo ideal hubiera sido que la propia Ley de vivienda indicara que las medidas de protección de los desahuciados vulnerables fueran de aplicación, indistintamente, sea cual fuere el sistema de solución de litigios elegido por las partes. Así, ni tan siquiera habría que reformar el art. 4.5 LAU, que admite los arbitrajes. Sin embargo, al haber optado por introducir las medidas en la LEC, también se debieran haber añadido unos apartados análogos a los arts. 439.6, 439.7, 441.5, 441.6 y 441.7 LEC a la LAU. Y es que conviene no olvidar que el art 549.4 LEC, que regula la demanda ejecutiva, a la que se puede llegar tanto ejecutando una condena de desahucio arbitral como judicial, requiere, con carácter previo al lanzamiento, haber procedido conforme a los apartados 5, 6 y 7 del art. 441 LEC.

Sin entrar en las bonanzas o defectos de las distintas medidas de protección previstas en la LEC, no parece haber inconveniente para que todas y cada una de ellas, *mutatis mutandis*, pudieran exigirse en arbitraje. Lógicamente, habría que cambiar el rol de los jueces por el de los árbitros. Así, en cuanto a las medidas de los apartados 5, 6 y 7 del art. 441 LEC, habría que empezar por lo dispuesto en su apartado 5 en el que se prevé que, siempre que el objeto de la controversia sea la vivienda habitual de la parte demandada, se informará a ésta, en el momento de admisión de la demanda (entiéndase por el árbitro o, en su caso, institución arbitral), de la posibilidad de acudir a las Administraciones Públicas competentes¹³. De modo análogo, sin perjuicio de lo anterior, el

13. Art. 441.5 LEC: En los casos de los números 1º, 2º, 4º y 7º del artículo 250, siempre que el inmueble objeto de la controversia constituya la vivienda habitual de la parte demandada, se informará a esta, en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las Administraciones Públicas autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. La información deberá comprender los datos exactos de identificación de dichas Administraciones y el modo de tomar contacto con ellas, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad de la parte demandada.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se comunicará inmediatamente y de oficio por el Juzgado la existencia del procedimiento a las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a fin de que puedan verificar la situación de vulnerabilidad y, de existir esta, presentar al Juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada.

En caso de que estas Administraciones Públicas confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso social, y/o económica, se notificará al órgano judicial a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo máximo de diez días. En los casos previstos por los apartados 6 y 7 del artículo 439, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y hubiera presentado junto con la demanda documento acreditativo de la vulnerabilidad de la parte demandada, en el oficio a las Administraciones públicas competentes se hará constar esta circunstancia a efectos de que efectúen directamente, en el mismo plazo, la propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada y las causas, que, en su caso, han impedido su aplicación con anterioridad.

árbitro/institución arbitral también debiera comunicar de oficio la existencia del procedimiento arbitral a las Administraciones competentes, a fin de verificar la situación de vulnerabilidad, y de existir ésta, presentar al árbitro las medidas idénticas a las previstas en el citado art. 441.5 LEC. En caso que las Administraciones Públicas confirmaran la situación de vulnerabilidad, se notificaría al árbitro. En los supuestos previstos en los apartados 6 y 7 del art. 439 LEC, esto es, en demandas que pretendan la recuperación de la posesión de la finca (al igual que sucede con las demandas arbitrales de desahucio), se dispone que si la parte actora, gran tenedora, ya hubiese acreditado la situación de vulnerabilidad al presentar la demanda, dicha circunstancia se haría constar en la comunicación que los árbitros dirigiesen a las Administraciones públicas competentes para que directamente hiciesen la propuesta de medidas de atención. Recibida la repuesta de las Administraciones o transcurrido el plazo para hacerlo, el letrado de la Administración (entiéndase el árbitro) daría traslado a las partes para que en un plazo de cinco días pudieran instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista, de ser necesaria la suspensión por la inmediatez de las fechas (nótese que a diferencia de los procesos judiciales, aquí no habría el riesgo de la inmediatez de la fecha de lanzamiento). Seguidamente, de modo análogo a lo señalado en el art. 441.6 LEC¹⁴, presentados los escritos de las partes o transcurrido el plazo para ello, el tribunal (entiéndase el árbitro) resolvería a la vista de la información recibida de las Administraciones y las alegaciones de las partes, sobre si suspende el procedimiento para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de dos meses, si el demandante es persona física o cuatro meses si es persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas por las Administraciones o transcurrido el plazo de suspensión, se alzaría ésta automáticamente y continuaría el procedimiento por sus trámites. Con relación a la toma de decisión del tribunal (entiéndase árbitro) en cuanto a la referida suspensión, también debieran aplicarse los criterios del apartado 7 del art. 441 LEC¹⁵. Al respecto,

Recibida dicha comunicación o transcurrido el plazo, el letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días puedan instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento, de ser necesaria la suspensión por la inmediatez de las fechas.

14. Art. 441.6 LEC: Presentados los escritos de las partes o transcurrido el plazo concedido para ello, el tribunal resolverá por auto, a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes, sobre si suspende el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones públicas, durante un plazo máximo de suspensión de dos meses si el demandante es una persona física o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica.

Una vez adoptadas las medidas por las Administraciones Públicas competentes o transcurrido el plazo máximo de suspensión previsto en el párrafo anterior, se alzaría ésta automáticamente y continuará el procedimiento por todos sus trámites.

15. Art. 441.7 LEC: El tribunal tomará la decisión previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier

podiera discutirse la competencia del árbitro para resolver estas medidas de protección de orden público, pero el argumento a su favor estaría en la tesis ya argumentada en la nota 5 de este trabajo, sosteniendo que las materias que contienen normas imperativas son arbitrables siempre y cuando el árbitro resuelva conforme a las mismas. En su caso, se podrá controlar su indebida aplicación mediante la acción de anulación, si la decisión del árbitro resulta irrazonable, lo que, en su caso, debiera provocar que el procedimiento se debiera rehacer con el debido respeto a las mismas, tal y como se apunta en el epígrafe 1.4.

En esa misma línea, en cuanto a las medidas dispuestas en los apartados 6 y 7 del art. 439 LEC, previstas como medidas de procedibilidad de la demanda, tal y como se ha argumentado en el punto 1.2 de este trabajo, no se justifica la desigual protección que reciben los desahuciados vulnerables cuando se presenta una demanda judicial, en comparación con las demandas arbitrales para las que no están previstas las medidas. En este sentido, no debieran admitirse demandas arbitrales de desahucio (que pretendan la recuperación de la finca, en los términos del 439.6 LEC¹⁶), que no especifiquen, si el inmueble es vivien-

otra circunstancia acreditada en autos.

A estos efectos, en particular, el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance:

- a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
- b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento.
- c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.
- d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (RCL 2006, 2226), de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.

16. Art. 439.6 LEC: En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique:

- a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante.
- b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

En el caso de indicarse que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre de la parte actora.

- c) En el caso de que la parte demandante tenga la condición de gran tenedor, si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica.

da habitual, si la parte demandante tiene la condición de gran tenedor y si la parte demandada se encuentra en situación de vulnerabilidad económica (acreditado de la misma manera como está previsto por el art. 439.6 LEC). Asimismo, de modo análogo a los juicios estatales, debiera exigirse como condición de procedibilidad de las demandas de desahucio arbitrales, cuando concurren las circunstancias del art. 439.6 LEC, que se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación, que a tal efecto establezcan las Administraciones competentes, acreditándolo conforme a lo previsto en el art. 439.7 LEC¹⁷.

Todas estas medidas tendrían la naturaleza de requisitos procedimentales que debieran poder subsanarse, como cualquier defecto procesal. Ciertamente, son más fáciles de controlar los requisitos más objetivables, como serían la falta de conciliación o intermediación, que otras medidas de los apartados 5, 6 y 7 del art. 441 LEC, las cuales admiten cierta discrecionalidad, básicamente, para valorar si es vivienda habitual y concurren los requisitos en cuanto a la

Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

El requisito exigido en esta letra c) también podrá cumplirse mediante:

1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

17. Art. 439.7 LEC: En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, en el caso de que la parte actora tenga la condición de gran tenedora en los términos previstos por el apartado anterior, el inmueble objeto de demanda constituya vivienda habitual de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de vulnerabilidad económica conforme lo previsto igualmente en el apartado anterior, no se admitirán las demandas en las que no se acredite que la parte actora se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda.

El requisito anterior podrá acreditarse mediante alguna de las siguientes formas:

1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

En el caso de que la empresa arrendadora sea una entidad pública de vivienda el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que se acreditará en los mismos términos del apartado anterior.

situación de vulnerabilidad. En todos estos supuestos, aparte de denunciar tempestivamente ante el árbitro su incumplimiento, se pudiera controlar la regularidad del procedimiento arbitral conforme la acción de anulación, por incumplimiento de requisitos de procedibilidad de la demanda (impuestos *ope legis*), con ciertos límites, tal y como se desarrolla en el punto 1.4.

En otro orden de consideraciones, cabría plantearse la duda de la aplicación transitoria de dichas normas a los arbitrajes que se hubiesen pactado con anterioridad a las mismas. Y es que, con el escenario vigente, ante la desigual aplicabilidad de las medidas de protección en las demandas arbitrales, tal y como se ha argumentado más arriba, algunos grandes tenedores pudieran tener el «incentivo» procesal de acudir a arbitraje para evitar parcialmente dichas medidas, por mucho que se consideren de orden público. Ante esta situación, en el supuesto que se modificara la legislación, en el sentido aquí propuesto, se pudiera generar la duda de su aplicabilidad a los arbitrajes, pactados con anterioridad, bajo el argumento de que, de haber sabido de su aplicación a arbitrajes, no se habría acudido a dicho sistema alternativo, pudiéndose interpretar, en consecuencia, como un vicio del consentimiento de la cláusula arbitral. Al respecto, cabe considerar que, de modo análogo a como se aplican dichas medidas de protección previstas en la LEC a cualquier juicio iniciado después de la entrada en vigor de las normas, también deberían aplicarse, a cualquier nuevo procedimiento arbitral. Nótese que la Disposición Transitoria cuarta de la Ley de vivienda¹⁸ está pensada con relación a aspectos sustantivos de la reforma aplicables a los contratos de arrendamiento, pero los aspectos procesales no tienen ninguna referencia transitoria especial, por lo que hay que entender aplicable la Disposición final novena, de la citada Ley, que señala que «la presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado». Ello resultaría coherente con la, aquí sugerida, asimilación de las medidas de protección con independencia del sistema de solución de litigios por el que se pretenda resolver del desahucio, siendo aplicables, a cualquier procedimiento arbitral, que se iniciara con posterioridad a su entrada en vigor, del mismo modo como se ha previsto para las medidas ya aprobadas con relación a los procesos judiciales que operan como requisitos previos a la demanda, como pueden ser la conciliación o intermediación previa.

18. Disposición transitoria cuarta. Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. 1. Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta ley.

1.4. La revisabilidad de la condición de vivienda habitual y la situación de vulnerabilidad por el juez executor, ante un cambio de circunstancias alegadas y, en su caso, probadas por el desahuciado

Tal y como se ha anticipado en el punto 1.2 de este trabajo, una de las principales novedades introducidas por la Ley de vivienda es la previsión del art. 549.4 LEC disponiendo que en la ejecución de condenas de desahucio, cuando se trate de vivienda habitual, previo al lanzamiento, deberá haberse procedido en los términos de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 441 de esta Ley.

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse el alcance del control del juez executor, con relación a las medidas de protección de las personas desahuciadas, esto es, si debe ejecutar automáticamente el título ejecutivo o si cabe enjuiciar, de nuevo, los requisitos para la procedencia de las medidas de protección del art. 441 LEC. El citado art. 549.4 LEC indica que cuando se trate de vivienda habitual, no se procederá al lanzamiento, si no se han adoptado antes las medidas. Que no se hayan adoptado antes pudiera ser porque el desahucio provenga de un título ejecutivo como es el laudo, para el que no están previstas, pero, también, porque en el momento de plantearse su adopción en el juicio declarativo estatal no concurrían los requisitos, ya sea de vivienda habitual o de criterios de vulnerabilidad¹⁹. Ante este escenario, no es descabellado que el juez executor pueda enjuiciar dichos requisitos establecidos por el art. 549 LEC, como condición de procedibilidad de la ejecución, ya sea porque no se habían enjuiciado antes o, incluso, por un cambio de circunstancias de la cuestión prejuzgada en el proceso declarativo. Ciertamente, el escenario de que hayan cambiado las circunstancias es poco probable cuando se ejecutan sentencias o decretos judiciales, muy particularmente en aquellos desahucios que derivan de los expeditivos juicios sumarios, como serían los desahucios por falta de pago. No obstante, si entre la presentación de la demanda del juicio declarativo, en caso que no concurrieran los requisitos de las medidas de protección, y en el momento de ejecutar cambian, probablemente habría que proceder a las mismas.

El cambio de circunstancias debiera ser alegado y, en su caso, probado por el ejecutado, por su mayor facilidad probatoria, porque la discusión en cuanto al carácter habitual de la vivienda, si nada ha cambiado, estaría prejuzgada en la

19. Sobre el carácter mutable de la vivienda habitual y los problemas procesales que ello provoca, GÓMEZ LINACERO A., «Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal», *Diario LA LEY*, nº 10386, de 13 de noviembre de 2023 (edición digital), advierte que será más difícil de probar en los declarativos que en los de ejecución hipotecaria en los que exista una escritura previa, proponiendo una postura flexible *pro actione*, cuando el actor tenga dificultades procesales para probarlo, apuntando a la mayor facilidad probatoria del demandado desde una postura flexible de la carga procesal.

fase declarativa. Solamente un cambio de circunstancias al despachar ejecución, con el apoyo legal del 549.4 LEC, que reitera específicamente que, en caso de vivienda habitual, deben practicarse las medidas de los apartados 5, 6 y 7 del art. 441 LEC, si no se han practicado antes, abre la puerta a una revisión de la cuestión, siempre y cuando se justifique un cambio de circunstancias para que en este momento se considere vivienda habitual. De manera análoga, si no se hubiera adoptado en fase declarativa la suspensión del procedimiento para la adopción de las medidas, por no concurrir los criterios del art. 441.7 LEC, pese a ser vivienda habitual, no sería descartable que, ante el juez ejecutor, por un cambio de circunstancias del art. 441.7 LEC (p.ej. incapacidad sobrevenida, reducción de ingresos por pérdida trabajo etc...) se pudieran acordar en ejecución (en este caso suspendiendo el lanzamiento)²⁰.

La cuestión se puede plantear de una manera distinta en caso de ejecución de laudo arbitral. Con la normativa vigente, el juez ejecutor siempre tendrá que evaluar la procedencia de las medidas de acuerdo con el art. 549.4 LEC, porque no se habrán adoptado antes, al no estar prevista ninguna medida mientras se tramita el procedimiento arbitral, lo que ya ha sido objeto de crítica por la menor protección que se ofrece en los desahucios arbitrales, en el apartado 1.2 de este trabajo. En esta hipótesis, no se estaría revisando una situación prejuzgada, por lo que sería carga del ejecutante del laudo, al presentar la demanda ejecutiva, acreditar la condición de vivienda habitual y, en su caso, los demás requisitos de las medidas del art. 441 LEC. En cambio, la situación sería muy diferente si, *lege ferenda*, tal y como se ha argumentado en el apartado 1.3, las citadas medidas de protección se aplicaran de igual modo al procedimiento arbitral. En estos casos también se daría la posibilidad de un cambio de circunstancias, apuntado más arriba, pero el asunto pudiera complicarse en función de la intensidad del control del juez ejecutor con relación al enjuiciamiento del árbitro. De conformidad con la línea doctrinal más reciente de nuestro Tribunal Constitucional, que limita el control de los laudos en cuanto a los su-

20. GÓMEZ LINACERO A., «Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda...», ob. cit., refiriéndose a un supuesto análogo, en el que se pretenda subastar una vivienda habitual por el art. 655.1.bis LEC, advierte que los tiempos procesales que transcurren entre la interposición de la demanda del proceso declarativo y la iniciación de la vía de apremio basada en el título dictado en el primero, pueden ser ostensiblemente elevados y hacer variar o mutar a la vivienda objeto del litigio su carácter o no de habitual y, al demandado y luego ejecutado, el estatus de vulnerable. Al respecto, considera que, aunque en puridad conceptual no es riguroso, es incuestionable que la ejecución judicial, al menos la de título judicial, viene precedida de un proceso declarativo, y que en sentido común, podría concluirse que para el campo de actuación del art. 655.bis.1 LEC la calificación de vulnerable o no de la vivienda habitual en el proceso declarativo de recuperación de la posesión sustanciado al amparo de los ordinales 1º, 2º, 4º y 7º del art. 250.1 LEC resulta vinculante en el incidente previo a la vía de apremio instaurado por el art. 655.bis.1 LEC. Nótese que ello encaja con la posición sostenida en este punto del trabajo, con el matiz, aquí añadido, que pudiera revisarse la situación, si el ejecutado alega un cambio de circunstancias al oponerse a la ejecución, debido al carácter mutable indicado, de los requisitos apuntados.

puestos de intervención judicial²¹, el juez ejecutor no debiera revisar el enjuiciamiento de los laudos arbitrales, salvo manifiesta irrazonabilidad en la decisión sobre las medidas de protección consideradas de orden público. En consecuencia, habría que evitar la tentación de que, amparados en la defensa del orden público, se entre a revisar el enjuiciamiento del árbitro, sobre la adopción de las medidas, en este caso, básicamente, sobre la decisión de si se trata o no de la vivienda habitual, de la que penden las medidas.

Incluso desde la perspectiva de la protección de los consumidores (que seguramente cabría expandir a todos los desahucios de personas vulnerables), materia más sensible a admitir el control de oficio de los tribunales estatales, habría que justificarse el por qué no se despacha la ejecución de un laudo, si no hay un cambio de circunstancias. Cuestión distinta es que la parte lo hubiera discutido ante el árbitro y pretendiera la retroacción del procedimiento para su debido respeto, mediante la acción de anulación. Aunque la ejecución de un laudo pueda ser inmediata, pese a la interposición de la acción de anulación, sería razonable que, si la parte ejecutada, alega la cuestión al oponerse a la ejecución, se suspendiera ésta a la espera de la resolución de la acción de anulación, al haber medidas de orden público en juego²². De hecho, una situación análoga pudiera darse con las sentencias judiciales que han sido recurridas, por esa misma razón, aunque en este caso no sería propiamente una revisión de una decisión con carácter de cosa juzgada, por un cambio de circunstancias, sino una situación que pudiera justificar la denegación de la ejecución provisional, por los perjuicios irreparables que pudiera ocasionar el no adoptar dichas medidas previamente al lanzamiento. En consecuencia, también fuera recomendable prever *lege ferenda* que, si se ha recurrido la sentencia de primera instancia, condenando al desahucio, y se ha discutido el carácter de vivienda habitual no apreciado por el juez de instancia, la ejecución quedara en suspenso hasta que en apelación se resuelva sobre el carácter habitual de la vivienda y, por ende, sobre la aplicabilidad de las medidas, puesto está en juego un potencial perjuicio irreparable que, precisamente es uno de los motivos de oposición a la ejecución provisional por el art. 528.2.2 LEC. De otro modo, con la LEC vigente, quien debe apreciar el perjuicio irreparable es el mismo juez que ha dictado la sentencia de condena en primera instancia, por lo que es poco probable una resolución en un sentido distinto, que pueda detener la ejecución de «la controvertida» vivienda habitual.

21. Véase, en esta línea, las STC 46/2020, de 15 de junio, STC 17/2021, de 15 de febrero y STC 79/2022, de 27 de junio.

22. En esta dirección, mi artículo, Escaler Bascompte, R., «¿Se puede proteger al consumidor sin atacar desproporcionadamente los elementos esenciales del arbitraje?: la conducta procesal de parte, la voluntariedad y la regla *kompetenz-kompetenz* como posibles límites», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, 2019, V.3, pp. 171-188.

Sin embargo, el principal problema de muchas de estas soluciones es la débil posición procesal de las personas vulnerables, lo que se pone de manifiesto muy particularmente en arbitraje. En este sentido, si como se ha apuntado, el éxito de las medidas en muchas ocasiones depende de la valoración del carácter habitual de la vivienda, si no se garantiza una debida defensa procesal de las partes, para que puedan discutirlo ya sea en fase declarativa o de ejecución (por un cambio de circunstancias), éstas pueden quedar sin efecto. Ante los órganos estatales, al menos, potencialmente, tienen garantizada la asistencia jurídica gratuita. En arbitraje no es así, lo que no deja de ser un desincentivo más al empleo de este método alternativo, lo que puede estar justificado en arbitrajes estrictamente privados, pero que habría que revisar para fomentar, por ejemplo, que se acudiera al sistema de las Juntas Arbitrales de Consumo, en el que pudieran encajar perfectamente la mayoría de desahucios generados por grandes tenedores personas jurídicas, pero para ello sería necesario garantizar la asistencia jurídica gratuita de personas vulnerables en ese ámbito²³, no olvidemos, especializado en la protección de consumidores.

2. Conclusión

Hay que considerar un acierto del legislador el incremento de las medidas de protección de las personas desahuciadas de su vivienda habitual, en situación de vulnerabilidad, ante cualquier demanda ejercitada ante la justicia estatal, introducidas por la Ley de vivienda, aunque su técnica legislativa sería mejorable en diversos aspectos.

Si se quiere fomentar el arbitraje y, en general, los métodos alternativos de solución de conflictos, *lege ferenda*, se debiera haber previsto la aplicación de dichas medidas con independencia del sistema de solución de litigios elegido por las partes, judicial o extrajudicial.

Aunque las medidas de protección a los consumidores (y en general la de personas desahuciadas en situación de vulnerabilidad) tengan la naturaleza de medidas de orden público, ello no impide que los desahucios arbitrales sean válidos, siempre y cuando se desarrollen con el debido respecto a dichas normas.

23. En esta línea, mi artículo, ESCALER BASCOMPTE, R., «Sobre la necesaria intervención del abogado en los arbitrajes de consumo y su incidencia en el alcance del control judicial de oficio», *Revista General de Derecho Procesal*, 2022, enero 2022, ídem, en *Proceso y consumo*, M. Cachón, V. Pérez. (dirs.), edit. Atelier, Barcelona, 2022, pp. 19-42.

Lege ferenda, se debiera haber previsto en una norma sustantiva, ya fuere en la LAU o en la propia Ley de vivienda que las introdujo, la aplicabilidad de dichas medidas a los desahucios arbitrales, puesto que las medidas previstas en la LEC, para la fase declarativa de los juicios, no son aplicables a arbitraje. De este modo, se evitarían interpretaciones jurisprudenciales contradictorias en las que, aun admitiendo como regla general que la normativa de la LEC no es aplicable a arbitraje, lo excepcionan con relación a las medidas de protección de desahucios de personas vulnerables o el derecho a enervar contenidas en la LEC.

En cuanto a la ejecución de los laudos de desahucio, aunque la reforma de la Ley de vivienda probablemente no estaba pensando en ellos, les resulta aplicable el art. 549.4 LEC, referente a la ejecución de cualquier resolución de condena de desahucio, ya sea procesal o arbitral, que se ha modificado impidiendo que se desarrolle la ejecución de un lanzamiento de vivienda habitual de persona vulnerable, si antes no se han adoptado las medidas de los apartados 5, 6 y 7 del art. 441 LEC.

No obstante, cuando el título ejecutivo fuere un laudo de desahucio, hay ciertas medidas de protección previstas para los juicios estatales no cubiertas por los apartados 5, 6, y 7 del art. 441 LEC, muy particularmente, la conciliación o intermediación, que operan como requisito previo a la demanda, cuando ésta la ejercite un gran tenedor. De ahí que quepa afirmar que las medidas de protección sean inferiores, de manera injustificada, cuando se ejecuta un laudo arbitral.

La condición de vivienda habitual y, en general, los requisitos para que concurra la situación de vulnerabilidad para que se apliquen las medidas de protección en casos de desahucio, pueden ser una circunstancia mutable entre la fase declarativa (ya sea ante la justicia estatal o arbitral) y la de ejecución. El juez ejecutor debiera poder revisar dichas circunstancias cuando alegado y, en su caso, probado su cambio por el desahuciado, éstas concurrieren en el momento del despacho de la ejecución, bajo el amparo legal del art. 549.4 LEC, que condiciona el lanzamiento de vivienda habitual a que se adopten las medidas de protección de los apartados 5, 6 y 7 del art. 441 LEC, si no se ha hecho antes.

3. Bibliografía

ESCALER BASCOMPTE, R., «Soluciones procesales a las personas físicas sobreendeudadas: el juicio concursal como cauce integrador», en *Derecho y Proceso* (Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez), M. Cachón, J. Franco (coords.), edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 765-808.

- ESCALER BASCOMPTE, R., «¿Se puede proteger al consumidor sin atacar desproporcionadamente los elementos esenciales del arbitraje?: la conducta procesal de parte, la voluntariedad y la regla *kompetenz-kompetenz* como posibles límites», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, 2019, V.3, pp. 171-188.
- ESCALER BASCOMPTE, R., «Sobre la necesaria intervención del abogado en los arbitrajes de consumo y su incidencia en el alcance del control judicial de oficio», *Revista General de Derecho Procesal*, enero 2022, ídem, en *Proceso y consumo*, M. Cachón, V. Pérez. (dirs.), edit. Atelier, Barcelona, 2022, pp. 19-42.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «La sumisión a desahucio de los desahucios arrendaticios», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, julio-septiembre 2023, nº 16, (edición digital).
- GÓMEZ LINACERO A., «Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal», *Diario LA LEY*, nº 10386, de 13 de noviembre de 2023 (edición digital).
- LORCA NAVARRETE A.M., «La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, impide el desahucio arbitral», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, julio-septiembre 2023, nº 16, (edición digital).
- SÁNCHEZ POS, M.V., «De nuevo sobre la aplicación analógica de las normas imperativas de la LEC al procedimiento arbitral de desahucio por falta de pago», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, enero-marzo 2023, nº 14, (edición digital).

XII | Problemas actuales del proceso civil monitorio

*José Garberí Llobregat*¹
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REFORMAS QUE PRECISA EL PROCESO MONITORIO. 2.1. REFORMAS RELATIVAS A SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.1.1. Intereses. 2.1.2. Acumulación. 2.2. REFORMAS RELATIVAS A LOS DOCUMENTOS QUE ACREDITAN LA DEUDA. 2.3. REFORMAS RELATIVAS A LA COMPETENCIA JUDICIAL. 2.4. REFORMAS RELATIVAS A LA INADMISIÓN DE LA PETICIÓN MONITORIA. 2.5. REFORMAS RELATIVAS AL REQUERIMIENTO DE PAGO. 2.6. REFORMAS RELATIVAS AL DESENLACE DEL MONITORIO EN FUNCIÓN DE LA POSTURA ADOPTADA POR EL DEUDOR FRENTE AL REQUERIMIENTO DE PAGO.

1. Introducción

A) De todo es sabido que el proceso monitorio constituye un instrumento procesal que, en aquellos países donde ha sido implantado, goza de una gran aceptación y predicamento, de una muy frecuente utilización en la práctica, y de un considerable porcentaje de éxito.

Quizás sea por su *sencillez o por su carácter expedito*. Un procedimiento donde el titular de un derecho de crédito de cualquier cuantía, que se encuentre incorporado a casi cualquier clase de documento, tras rellenar un simple formulario puede obtener todo un exigente requerimiento judicial de pago, sin haberse prestado audiencia previa al deudor ni haberse practicado ninguna clase de actividad probatoria, y que sitúa al deudor en la tesitura de tener que pagar o defenderse de manera motivada, porque de lo contrario aquel simple documento se transformará en un título de ejecución equiparable, nada más y nada menos, que a una sentencia firme de condena.

1. Quiero hacer constar mi reconocimiento a la labor científica y docente del Prof. Dr. Cachón Cadenas y, en especial, a su calidad humana.

Quizás sea también por su *economía*. Un procedimiento donde el acreedor no precisa actuar ni con Abogado ni con Procurador, donde no precisa redactar complejos ni formalistas escritos alegatorios, y donde desde la reclamación al desenlace que al final se suceda acaecerá en un plazo de tiempo muy breve (en comparación con lo que tardaría en tramitarse cualquier proceso declarativo de reclamación de cantidad).

O quizás sea porque el proceso monitorio *se muestra muy ventajoso tanto para el acreedor cuanto para el deudor*. Al primero, de manera evidente, porque con muy poco esfuerzo económico y temporal por su parte, puede obtener el pago de su crédito (con lo que se soluciona el conflicto), u obtener un título de ejecución que le permita acudir directamente a un proceso de esta naturaleza (sin necesidad, pues, de tener que tramitar antes un proceso declarativo) o, en el peor de los casos, ante la oposición del deudor, sólo haber perdido un poco de tiempo (el que se haya consumido tramitando el monitorio), y nada más. Al segundo porque, si paga, no tendrá que ocupar el rol de demandado en un futuro proceso declarativo (que tardará un tiempo en tramitarse, en el podrán adoptarse en su contra medidas cautelares, en el que tendrá que remunerar a un Abogado y un Procurador, y en el que podría ser condenado en costas); y porque, si se opone, el monitorio no le genera más perjuicios que los que le ocasionaría el ser demandado en cualquier proceso de índole declarativa (solo si permanece inactivo es cuando el proceso monitorio se revela como un cauce extremadamente perjudicial para el deudor).

B) Por todo ello, y al igual que ha acontecido en países como Alemania, Austria o Italia, en España y desde su implantación en nuestro ordenamiento por vez primera en la vigente LEC, *el proceso monitorio ha sido profusamente utilizado y ha alcanzado un notable porcentaje de éxito* (como acreditan las estadísticas anuales del CGPJ).

Y de ahí que, del inicial ámbito procesal civil, la técnica procedimental monitoria se haya exportado también al ámbito laboral (art. 101 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social), e incluso al ámbito penal [donde, tras la reforma de la LECrim en el año 2015, se introdujo en sus arts. 803 bis a) y ss., el llamado proceso por aceptación de decreto]. Recuérdese, además, que desde el año 2006 existe también, en el espacio de la UE, un «proceso monitorio europeo» que regula el Reglamento (UE) 1896/2006, de 12 de diciembre.

C) Con todo, sin embargo, y pese a su amplio predicamento y porcentaje de éxito, la regulación del proceso monitorio en los arts. 812 a 815 LEC se muestra, a nuestro juicio, manifiestamente mejorable, tanto desde la óptica de la *seguridad jurídica* (a la hora de determinar cuestiones y problemas que aún

hoy siguen controvertidas o carentes de una solución jurisprudencial unánime) y de la *simplificación procedimental*, cuanto, sobre todo, desde la vertiente del *incremento del atractivo del monitorio como instrumento útil y eficaz, tanto para acreedores como para deudores, de solventar los conflictos derivados del impago de derechos de crédito*.

Por eso quizás pueda resultar procedente recordar y enumerar esas posibles reformas que, en nuestro modesto criterio, harían del monitorio un proceso más seguro y útil y, con ello, erigirse en una vía jurídica más efectiva para cumplimentar la función de resolver conflictos, que es la que otorga su razón de ser a todo el Derecho Procesal.

2. Otras reformas que precisa el proceso monitorio

2.1. Reformas relativas a su ámbito de aplicación

2.1.1. Intereses

Ya se sabe que el monitorio es un procedimiento a través del que reclamar el pago de deudas dinerarias, de cualquier importe, líquidas, vencidas y exigibles (art. 812.1 LEC). Pero nada dice la LEC de manera expresa sobre la admisibilidad (o inadmisibilidad) de reclamar en él, además del principal, *los intereses devengados al momento de interponer la solicitud monitoria*.

A nadie se le oculta que tanto la jurisprudencia (vgr. AAP Tenerife 1ª 02-10-2006) cuanto la doctrina, prácticamente de manera unánime, y ante la ausencia de prohibición legal expresa o tácita alguna, admiten que el acreedor monitorio puede reclamar tanto el principal cuanto los intereses devengados. Pero esta admisibilidad, que, a nuestro entender, sería una solución perfectamente adecuada y correcta para cualquier clase de proceso declarativo, se muestra indeseable para el monitorio, pues contraría su finalidad esencial de obtener un pago rápido y expeditivo de los derechos de crédito; por ello, una futura reforma debería suscribir la opción contraria, esto es, *la que permita pedir en el monitorio sólo el principal y no los intereses que la deuda hubiera podido devengar hasta el momento de ser reclamada por sus trámites*.

Y ello porque:

- 1º) La necesidad de que el LAJ tenga que comprobar que la liquidación de intereses es correcta (como lo hace, por ejemplo, para comprobar si hay o no pluspetición) alarga su tramitación y choca con la celeridad propia de este procedimiento;

- 2º) La LEC, lo que es más importante, no contempla la posibilidad de que el deudor acepte pagar el principal pero se oponga a los intereses (no se acepta el pago parcial, en definitiva); o paga todo lo que se le haya requerido o el pago se tendrá por no hecho, con las consecuencias en su contra que ello conlleva; ni siquiera si el deudor alega pluspetición por esta causa (art. 818.I.III LEC) obtendría beneficio alguno, por lo que, ante tal situación, y como aunque pagara el principal podría ser demandado para el pago de los intereses, lo más probable es que se oponga a todo lo que se le reclame (frustrándose, así, el monitorio), aun cuando hubiera estado inicialmente dispuesto a pagar el principal; y
- 3º) Dificulta el éxito del monitorio y, por ello, arrumba con las ventajas que este procedimiento comporta tanto para el acreedor como para el deudor, pues este último pierde un estímulo crucial para formalizar el pago (el que no se le reclamen intereses) y, correlativamente, el primero pierde también muchas posibilidades de cobrar todo su crédito (cuando lo más seguro es que, si se les ofrece cobrar el principal y renunciar a los intereses, muchos acreedores lo preferirían antes que poder cobrarlos tras largos años de pleitos y gastos).

2.1.2. *Acumulación*

Por otro lado, y mientras que la *acumulación objetiva* es perfectamente admisible en el monitorio, la *acumulación subjetiva*, en cambio, y pese a que es admitida por la jurisprudencia mayoritaria (AAP Barcelona 1ª 17-07-2007, AAP Sevilla 5ª 113/2006, de 12 de mayo...), debería prohibirse expresamente en la LEC por los graves problemas prácticos que comporta (determinación de la competencia territorial, multiplicidad de requerimientos de pago a diversos partidos judiciales, qué sucede si algunos deudores se oponen y otros no...).

2.2. Reformas relativas a los documentos que acreditan la deuda

Aunque la amplitud y generosidad legislativa (art. 812 LEC) a la hora de determinar los documentos capaces de propiciar la admisión de la petición monitoria pudiera hacer pensar lo contrario, en la práctica casi la mitad de estas peticiones son inadmitidas a trámite por falta de idoneidad o por insuficiencia documental (véanse al respecto las antes mencionadas estadísticas del CGPJ).

Por ello nos permitimos apuntar algunas reformas al respecto:

- 1ª) Determinación legal expresa de los documentos electrónicos admisibles, ya admitidos en su mayor parte por la jurisprudencia (emails, pantallazos, reproducciones impresas de archivos informáticos, imágenes digitalizadas...);

- 2ª) Determinación legal expresa de la admisibilidad de las fotocopias, sobre las que tanta incertidumbre existe en la jurisprudencia;
- 3ª) Determinación legal expresa de algunos supuestos que hoy siguen controvertidos en la jurisprudencia, como por ejemplo las transcripciones escritas de conversaciones orales, o las reclamaciones derivadas de contratos de suministro; y 4ª) Prohibición legal expresa de acceder al monitorio con títulos que llevan aparejada ejecución (art. 517.2 LEC) o con títulos cambiarios ejecutivos (art. 819 LEC).

En relación con esta última reforma, piénsese, no sólo en que esos documentos ya disponen de un cauce procesal expeditivo (el proceso de ejecución o el juicio cambiario), sino sobre todo en el disparate que se genera cuando, en el procedimiento monitorio fundado en alguno de ellos, el deudor se opone al pago, supuesto en el cual la LEC sólo prevé que se pase a un juicio declarativo, ordinario o verbal, sin posibilidad, pues, de acudir a aquellos otros tipos procesales expeditivos.

2.3. Reformas relativas a la competencia judicial

En este punto, una eventual reforma legislativa del art. 813 LEC podría:

- 1º) Incluir de manera expresa a los Juzgados de lo Mercantil como órganos objetivamente competentes para conocer del proceso monitorio (como ya hace la jurisprudencia), en las materias que sean propias de su competencia (art. 86 ter LOPJ);
- 2º) Determinar de manera expresa que la competencia judicial territorial la determina el lugar de la sede de la persona jurídica, aunque a quien haya de requerir de pago sea a su representante, domiciliado en otro partido judicial (v. AATS 1ª 14-07-2005 y 13-04-2010...); y
- 3º) Establecer de manera expresa y tajante (dadas las disparidades jurisprudenciales actuales) que, con anterioridad al requerimiento de pago, no cabe la adopción de diligencias de averiguación del domicilio del deudor, lo que trae consigo, por supuesto, que la petición monitoria donde no conste el domicilio del deudor debe ser directamente inadmisile.

2.4. Reformas relativas a la inadmisión de la petición monitoria

En este punto no estaría de más, en primer término, que la LEC dispusiera las causas por las cuales la petición monitoria debe ser inadmitida a trámite, distinguiendo entre las procesales (incompetencia judicial, falta de capacidad en el peticionario, impago de la tasa judicial...) y las materiales (falta de designación del domicilio del deudor, falta de aportación de documentos, aportación

de documentos no accesibles al monitorio o que no constituyen un principio de prueba del crédito, reclamación de obligaciones no dinerarias, o dinerarias no líquidas o no vencidas o no exigibles...).

Ni tampoco estaría de más, en segundo lugar, que el legislador dispusiera que cualesquiera defectos (procesales y materiales) determinantes de la inadmisibilidad de la petición monitoria *no sean subsanables*, ninguno de ellos, y no sólo porque la celeridad propia del monitorio desaconseja que se realice trámite de subsanación alguno, sino, sobre todo, porque el peticionario preferirá, por regla general, interponer una nueva petición monitoria una vez subsanados los errores advertidos (sin someterse a plazo alguno), antes que tener que subsanar dichos defectos en el siempre breve plazo que se le confiera para la subsanación.

Con esta solución, además, no se contraviene en absoluto la doctrina del TJUE sentada en el asunto BONDORA (STJUE 19-12-2019).

2.5. Reformas relativas al requerimiento de pago

Cuando la petición monitoria es admitida a trámite, y se procede a emitir el consiguiente requerimiento de pago, a nuestro juicio podría mejorarse la regulación actual introduciendo en ella algunas reformas; a saber:

- 1ª) Prohibir de manera expresa que la notificación personal se realice a la dirección electrónica de la persona jurídica deudora, en la línea propugnada por la jurisprudencia del TC, al menos desde la STC 47/2019, de 8 de abril; y
- 2ª) Prohibir en todo caso, incluso cuando el deudor es un propietario moroso de las cuotas comunitarias, el emplazamiento edictal, por esencia incompatible con las graves consecuencias que para el deudor se derivan de su inactividad frente al requerimiento de pago.

2.6. Reformas relativas al desenlace del monitorio en función de la postura adoptada por el deudor frente al requerimiento de pago

Señalemos, por último, que también habría que acometer algunas reformas adicionales con respecto al régimen jurídico a seguir ante la decisión que tome el deudor (pagar, oponerse o permanecer inactivo) ante el requerimiento de pago.

Si paga, y como antes quedó apuntado, debería permitírsele el pago parcial, dejando entonces en el marco de decisión del acreedor lo que hacer a partir de entonces, si conformarse con ese pago parcial, o si reclamar lo que reste en un ulterior juicio declarativo que debería empezar desde cero, pero concluyendo el monitorio, a partir de formalizarse el pago parcial, en cualquier caso.

Si se opone, y como también se dijo anteriormente, la mejor opción es generalizar la solución que hoy se dispone para cuando el monitorio ha de transformarse en juicio ordinario (art. 818.2.II LEC), es decir, empezar desde cero y, si el acreedor no interpone la demanda en plazo, condenarlo en costas.

Y si permanece inactivo, finalmente, la solución hoy vigente (art. 816 LEC) nos parece la más adecuada.

XIII | Sobre el domicilio del demandado como criterio de competencia judicial internacional: dos aportaciones jurisprudenciales recientes

Miguel Gardeñes Santiago

Profesor titular de Derecho Internacional Privado
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. PALABRAS PREVIAS E INTRODUCCIÓN. 2. LA CONCRECIÓN DEL CRITERIO DEL DOMICILIO. 3. LA FRONTERA ENTRE LAS NORMAS DE COMPETENCIA EUROPEAS Y LAS NACIONALES. 4. CONSIDERACIONES FINALES 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Palabras previas e introducción

Conocí al profesor Manuel CACHÓN ya hace bastante tiempo, a principios de los años 90 del siglo pasado. Por aquel entonces empecé mi carrera académica, primero y por un breve período de tiempo, en el *Institut Universitari d'Estudis Europeus*, y poco después obtuve la beca ministerial que permitió mi incorporación al Departamento de Derecho Privado de la UAB, en el área de Derecho internacional privado. En aquellos tiempos de preparación de la tesis, algunos doctorandos solíamos ir a comer al restaurante de la Facultad de ciencias, que también frecuentaba el profesor Cachón. En bastantes ocasiones nos reuníamos en la misma mesa con los queridos compañeros de Derecho procesal. Huelga decir que, en aquellos encuentros, lo de menos eran las viandas, ya que lo verdaderamente importante eran la sabiduría y generosidad del gran maestro que era y es el profesor Cachón, siempre dispuesto a compartir su tiempo y su conocimiento con los demás. Ya desde el principio pude darme cuenta de su gran valía profesional y humana, y los años que hemos compartido en la Universidad Autònoma de Barcelona no han hecho sino confirmar, una y otra vez, dichas cualidades. De los muchos gratos recuerdos que de él conservo, destacaría las entrevistas que generosamente me concedió, a pesar de sus múl-

tiples ocupaciones, cuando, hace ya casi veinticinco años, empecé a trabajar en el tema de la litispendencia internacional. Me orientó y me ayudó a atar cabos sueltos en diversos aspectos procesales, y ello contribuyó sin duda a que mi primera publicación en la materia, allá por el año 2001, llegara a buen fin. También lo recuerdo como integrante del tribunal que juzgó la tesis doctoral del querido compañero y amigo Albert Font. Cuando le tocó intervenir empezó diciendo, con la humildad que le caracteriza, que «aunque él no sabía del tema»... Como los lectores y lectoras podrán imaginar, todo lo que dijo a continuación reveló, que sí sabía, y no solo eso, sino que su conocimiento del Derecho era enciclopédico. También recuerdo muy gratamente el interesante seminario que organizó en la Facultad con el procesalista italiano Michele Taruffo, al que tuve la fortuna de poder asistir. A lo largo de estos años, también he tenido el privilegio de escuchar sus brillantes conferencias e intervenciones, que destacaban particularmente por sus amplísimos conocimientos históricos, y de admirar la calidad y rigor de sus publicaciones, magníficamente escritas. Pero no todos mis recuerdos son académicos. También los hay de carácter más personal, vinculados a nuestras comunes raíces leonesas: en nuestros encuentros tras el verano, nunca faltaban las conversaciones sobre sus recientes vacaciones en aquellas hermosas tierras, cuya gastronomía es proverbial. Incluso en una ocasión recuerdo haberme encontrado al profesor Cachón paseando por el barrio antiguo de León con su familia, tras haber visitado yo ese lugar maravilloso que era la tienda «Don Queso», y creo que en aquel momento él también estaba degustando alguno de los muchos manjares que aquellas tierras ofrecen... Quien haya leído estas palabras habrá adivinado el afecto, respeto y admiración que siento por el profesor Cachón, una persona verdaderamente excepcional. Por ello, siento que esta modesta contribución al libro que le homenajea no pueda estar, ni de lejos, a la altura de sus merecimientos. Solo me cabe esperar que la reciba como una muestra de gratitud por todos los años compartidos en nuestra querida Facultad.

El tema escogido es el de la regla del domicilio del demandado, como criterio de atribución de competencia judicial internacional, en el Reglamento de la UE 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil. Más concretamente, presentaré y comentaré dos recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que aportan precisiones de interés: se trata de los asuntos *Credit Agricole Bank Polska*, de 11 de abril de 2024¹, y *Toplofikatsia Sofia EAD*, de 16 de mayo de 2024². Aunque tratan aspectos

1. As. C-183/23.

2. As. C-222/23. Dado el interés de las cuestiones que suscitaban ambos casos, es una lástima que se decidiera juzgarlos sin conclusiones del Abogado General, como permiten las reglas de procedimiento ante el TJUE.

distintos, a mi juicio ambas se caracterizan por la voluntad de asegurar la eficacia y aplicación uniforme de las disposiciones del Reglamento, poniéndolas al abrigo de posibles interferencias de los Derechos nacionales que pudieran poner en entredicho la aplicación homogénea del texto europeo en los distintos Estados miembros. Ahora bien, y como se verá a continuación, mientras una de ellas creo que merece un juicio técnico positivo, no puede decirse lo mismo de la otra. Empezaremos por la segunda de las decisiones citadas.

2. La concreción del criterio del domicilio

Como es bien sabido, el Reglamento 1215/2012 abraza, en su artículo 4, la clásica regla *actor sequitur forum rei*, de tal manera que, con carácter general y salvo las excepciones que el propio Reglamento prevé, la competencia para conocer de los litigios comprendidos en su ámbito de aplicación pertenece a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el demandado tenga su domicilio, sea cual fuere su nacionalidad. *Ratione temporis*, el momento a tener en cuenta para la determinación del domicilio es el de la presentación de la demanda o inicio del procedimiento. No es este el lugar de analizar en detalle los méritos, bien conocidos, de esta regla (proximidad suficiente de la jurisdicción con el caso, el hecho de que facilita que el demandado pueda organizar su defensa y que normalmente coincidirá el domicilio del demandado con el lugar en que se encuentre su patrimonio)³, que además puede ampararse en una larguísima tradición histórica⁴ y que goza de un amplísimo reconocimiento en Derecho comparado. Por ello, no debe sorprender que tanto el actual Reglamento 1215/2012 como los textos que lo precedieron (primero el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y luego el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000) hayan incorporado la regla *actor sequitur*. Por tanto, en la construcción de una reglamentación de la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil común a los Estados miembros de lo que hoy es la Unión Europea, el problema no estuvo en la aceptación de la regla generalmente admitida, sino en su concreción. Siendo el «domicilio» un concepto jurídico, la disparidad entre las legislaciones nacionales puede conducir a soluciones diferentes. Así sucedió cuando se adoptó el Convenio de Bruselas, que en vez de un concepto uniforme de domicilio, a los efectos de su aplicación, se decantó por introducir reglas de remisión a los ordenamientos nacionales (artículo 52 para el domicilio de las personas físicas y artículo 53

3. Sobre la regla del art. 4 del Reglamento, entre otros muchos, VINAIXA MIQUEL, M., en *Lliçons de dret internacional privat*, A. Font i Segura y otros (coord.), edit. Atelier, Barcelona, 2023, pp. 87-88.

4. Sobre el Derecho histórico, ROBLES REYES, J.R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, edit. Universidad de Murcia, 2003, esp. pp. 33-50; AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M^a.J., «Algunas consideraciones sobre el principio actor sequitur forum rei», *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 28-2022, pp. 1-59.

para el de las personas jurídicas)⁵. Por lo que se refiere a las personas físicas, el artículo 52 establecía que, para determinar si una parte estaba domiciliada en el territorio del Estado contratante del Convenio cuyos jueces conocieran del asunto, dichos jueces aplicarían su ley interna (párrafo primero); si dicha parte no estuviera domiciliada en el Estado cuyos tribunales conocieran del asunto, para determinar si el domicilio se situaba en otro Estado contratante, el juez debía aplicar la ley de ese otro Estado (párrafo segundo). En suma, se recurría a la ley interna de cada Estado para determinar el domicilio de la parte, aunque se diera preferencia al domicilio en el foro que conociera del asunto, dado que la regla del segundo párrafo solo entraba en juego si el interesado no podía considerarse domiciliado en el Estado cuyos órganos jurisdiccionales conocieran del caso⁶.

Una vez que la Unión Europea asumió competencia para legislar en materia de Derecho internacional privado, a partir de la reforma de los Tratados llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam en 1999⁷, se proyectó la sustitución del Convenio por un Reglamento europeo, y en este escenario hubiera podido plantearse modificar este estado de cosas. Esto se hizo únicamente por lo que se refiere a las personas jurídicas, puesto que el Reglamento 44/2001 incorporó una noción uniforme del domicilio de tales personas en su artículo 60 (artículo 63 en el actual Reglamento 1215/2012)⁸. En cambio, no ha ocurrido lo mismo en lo que concierne a las personas físicas, ya que tanto el Reglamento 44/2001 (artículo 59) como el actual 1215/2012 (artículo 62) han mantenido y reiterado la solución que desde el principio se introdujo en el artículo 52 del Convenio de Bruselas, quedando entonces las cosas como estaban.

5. La diferencia entre ambos estaba en que, por lo que se refiere a las personas físicas, la remisión se efectuaba al Derecho material del Estado contratante del Convenio en el que supuestamente estuviera domiciliada la parte, mientras que en el caso de las personas jurídicas, el artículo 53 se remitía a las reglas de Derecho internacional privado (no de Derecho material) del Estado cuyos órganos jurisdiccionales conocieran del asunto. Véase el comentario de ambos preceptos de GUARDANS CAMBÓ, I. en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, A.-L. Calvo Caravaca (ed.), edit. Universidad Carlos III / BOE, Madrid, 1995, pp. 679-695.

6. En este sentido, GUARDANS CAMBÓ, I., *cit.*, pp. 686-687.

7. Sobre la (entonces) nueva competencia, IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «La cooperación judicial internacional en materia civil», en *Cooperación jurídica internacional*, S. Álvarez González y S. Remacha Tejada (eds.), col. Escuela Diplomática, núm. 5, edit. Escuela Diplomática/AEPDIRI/BOE, 2001, pp. 47-58; en la actualidad, tras la reforma acometida por el Tratado de Lisboa, la base jurídica que permite a la Unión legislar en materia de Derecho internacional privado es el artículo 81, relativo a la «cooperación judicial en materia civil», inserto en el Título correspondiente al «Espacio de libertad, seguridad y justicia» del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE); al respecto, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La cooperación judicial en materia civil», en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), edit. Iustel/AEPDIRI, 2008, pp. 437-449.

8. Sobre esta disposición, véase el comentario de REQUEJO ISIDRO, M., en *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, M. Requejo Isidro (ed.), edit. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK / Northampton, MA, 2022, pp. 783-787.

Pues bien, en este marco normativo hay que insertar la doctrina que deriva de la citada sentencia *Toplofikatsia Sofia*, de 16 de mayo de 2024. Como se verá, su principal interés es que limita el margen de autonomía y discrecionalidad que el artículo 62 del Reglamento 1215/2012 concede a los Estados miembros para determinar y concretar el concepto de domicilio de una persona física con arreglo a su Derecho interno, cuando la aplicación del Reglamento europeo esté en juego⁹. En el caso concreto, una sociedad búlgara de distribución de energía solicitó ante el Tribunal de Primera Instancia de Sofia que se expidiera un requerimiento de pago contra un nacional búlgaro, a raíz del supuesto impago por parte del segundo del precio de la energía suministrada por la primera en un apartamento de Sofia, propiedad del segundo, durante un período aproximado de cinco meses. Para determinar si la jurisdicción búlgara era o no competente, debía determinarse si el demandado estaba o no domiciliado en Bulgaria. Se daba la circunstancia de que desde hacía algunos años el demandado había declarado ante las autoridades búlgaras una «dirección actual» situada en otro Estado miembro. En esta tesitura, para la determinación de si el demandado estaba o no domiciliado en el foro búlgaro debía recurrirse, en virtud del artículo 62.1 del Reglamento, al Derecho interno búlgaro. A este respecto, la legislación búlgara relativa al Registro Civil establecía que toda persona sujeta a dicho Registro debía comunicar a la autoridad competente tanto su dirección «permanente» como la «actual». La «dirección permanente» sería la de la localidad que el interesado eligiera para su inscripción en el registro de habitantes, y debía estar siempre situada en el territorio búlgaro. En el caso de los búlgaros que residieran en el extranjero, que no estuvieran inscritos en el registro de habitantes y que por tanto no pudieran designar una dirección permanente en la República de Bulgaria, se preveía su inscripción de oficio en un determinado distrito de la ciudad de Sofia. La ley preveía, además, que la dirección permanente sería aquella a la que las autoridades públicas enviarían la correspondencia que dirigieran al interesado, y que la dirección permanente sería la que se tendría en cuenta para el ejercicio de los derechos en los supuestos establecidos por ley o por cualquier acto normativo. En cuanto a la «dirección actual», según la ley búlgara sería la dirección en la que la persona residiera. En el caso de los búlgaros residentes en el extranjero, el único dato que podía figurar en el registro de habitantes búlgaro era el del Estado extranjero en el que residieran, por lo que se impedía que tales nacionales búlgaros residentes en el extranjero pudieran inscribir la dirección exacta de su residencia fuera de Bulgaria. Por su parte, el Código de enjuiciamiento civil búlgaro preveía que las peticiones de requerimientos judiciales debían presentarse ante el juez del lugar donde el deudor tuviera la dirección permanente, salvo si el

9. Tal como afirma REQUEJO ISIDRO, M., el artículo 62 del Reglamento es una de las pocas disposiciones del mismo cuya interpretación y aplicación no es autónoma, sino que debe hacerse mediante referencia al Derecho interno de los Estados miembros («Article 62», *Brussels I bis*, cit., p. 778).

deudor fuera un consumidor, en cuyo caso la petición debería presentarse ante el juez de la dirección actual del consumidor y, a falta de la misma, ante el de su dirección permanente. Si el deudor no contara con una dirección permanente en Bulgaria, el juez no podría expedir el requerimiento¹⁰.

En definitiva, el resultado de aplicar semejante normativa sería que, por lo que se refiere a los nacionales búlgaros residentes en otro Estado miembro, se presumía que a pesar de ello estaban domiciliados en una «dirección permanente» registrada en Bulgaria. En el caso concreto, ello conducía a considerar competentes a los tribunales de Sofía para expedir el requerimiento de pago, aun cuando el demandado no residiera en Bulgaria. A la vista del artículo 62.1, que remite al Derecho material interno de los Estados miembros para determinar si alguien está o no domiciliado en el Estado del juez que conozca del asunto, semejante resultado parecería difícil de discutir, dado el tenor del Derecho interno del foro búlgaro. Es más, podría parecer que el Reglamento estaría estableciendo un espacio vedado, no solo a la intromisión del legislador supranacional, sino también al control por parte del TJUE. Pues bien, tal como ha hecho en otros ámbitos, el TJUE no lo entiende así. Muy al contrario, cuando los Estados actúan en el ámbito de sus competencias, también están obligados a respetar las obligaciones derivadas del hecho de ser miembros de la UE, y en consecuencia el TJUE se reserva el derecho de verificar que, en el ejercicio por los Estados miembros de sus propias competencias, tales obligaciones se respeten¹¹.

Para empezar, el TJUE recuerda el carácter central del concepto de domicilio en el Reglamento, ya que el domicilio del demandado es el criterio general para determinar la competencia judicial, y que es clara la voluntad del legislador europeo de abrazar el criterio del domicilio en vez de la nacionalidad, precisamente para asegurar la aplicación uniforme de las normas de competencia¹².

10. Véase la descripción de la legislación búlgara en los párrafos 11 a 22 de la sentencia. Además, como señala LÓPEZ GIL, M., que la dirección permanente fuera la que se tuviera en cuenta para comunicaciones de las autoridades y traslado de documentos, implicaba el riesgo de que las notificaciones, incluidas aquellas de las que podía depender la personación del demandado, se convirtieran en ficticias, cuando la dirección «permanente» no se correspondiera con la «actual» («Sobre el concepto de domicilio a efectos de la determinación de la competencia judicial internacional y la posible aplicación del reglamento 2020/1784, de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales», *La Ley UE*, núm. 128, agosto/septiembre de 2024, p. 9).

11. Un claro ejemplo sería el de la interpretación del orden público como causa de denegación de una resolución judicial dictada en otro Estado miembro (art. 45.1.a). Ciertamente, el TJUE reconoce que el orden público es una noción esencialmente nacional, vinculada a los principios fundamentales de un determinado Estado miembro, que puede justificar que se deniegue el reconocimiento de una sentencia dictada en otro Estado miembro que no respete tales principios. Ahora bien, ello no impide que el TJUE pueda «controlar los límites» dentro de los cuales las jurisdicciones de los Estados miembros puedan recurrir a dicha noción; véase, por ejemplo, la sentencia *Krombach*, de 28 de marzo de 2000 (as. C-7/98), párrafos 22 y 23.

12. Párrafos 51 y 52.

Aunque admite que, según el artículo 62.1, los Estados miembros son competentes, en principio, para determinar el domicilio de una persona física según sus propias normas, añade que es jurisprudencia reiterada que la aplicación de las normas nacionales no debe menoscabar el «efecto útil» de un acto legislativo de la Unión¹³ y, particularmente por lo que se refiere al Reglamento 1215/2012, la aplicación de las normas procesales internas no puede poner en entredicho la aplicación eficaz del Reglamento limitando la operatividad de sus principios¹⁴. Entonces, había cuenta de la muy clara opción del legislador europeo de basar la competencia judicial en el criterio del domicilio del demandado y no en el de su nacionalidad, llega a la conclusión de que un Estado miembro no puede alterar esta elección fundamental mediante una normativa nacional que considere que los nacionales del propio Estado están siempre domiciliados en el mismo, independientemente del lugar donde residan de forma efectiva¹⁵. Como afirma el TJUE, el resultado de semejante normativa nacional sería el de sustituir el criterio del domicilio en que se basan las normas de competencia del Reglamento por el de nacionalidad, y ello iría claramente en contra del efecto útil del mismo¹⁶. En definitiva, lo que no pueda entrar por la puerta principal abierta por el legislador europeo, tampoco puede introducirlo el legislador estatal a través de una puerta trasera.

3. La frontera entre las normas de competencia europeas y las nacionales

La segunda de las sentencias reseñadas, dictada en el asunto *Credit Agricole Bank Polska S.A.*, de 11 de abril de 2024¹⁷, incide en la otra función del criterio del domicilio del demandado en el Reglamento 1215/2012. Como es bien sabido, además de constituir el criterio general de competencia judicial internacional, dicho criterio constituye el presupuesto de la aplicación de las normas de competencia del Reglamento: si el demandado está domiciliado en un Estado miembro, se aplicarán las normas de competencia del Reglamento (artículos 4

13. Sobre la doctrina del efecto útil del Derecho de la Unión en la jurisprudencia del TJUE, DA CRUZ VILAÇA, J.L., «Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour», en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives of Sixty Years of Case-law – La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, A. Rosas (ed.), edit. Asser Press, La Haya, 2013, pp. 279-306.

14. Párrafo 55.

15. Párrafos 56, 58 y 59. A este respecto, LÓPEZ GIL, M. destaca el «imperialismo jurisdiccional» que inspiraba la normativa búlgara (*cit.*, p. 9).

16. Párrafo 60.

17. As. C-183/23; véase el comentario de JIMÉNEZ BLANCO, P., «De nuevo sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I bis en supuestos de domicilio actual desconocido del demandado», en *La Ley Unión Europea*, núm. 126, junio de 2024.

y 5.1); en cambio, si no lo estuviera, para determinar su competencia el órgano jurisdiccional de un Estado miembro aplicará las reglas de su Derecho interno (artículo 6.1). Cabe recordar que el momento relevante para la determinación del domicilio a estos efectos sería el de la presentación de la demanda o inicio del procedimiento¹⁸. Vemos, pues, como la ubicación o no del domicilio del demandado dentro de la UE constituye el criterio que permite deslindar cuándo se aplicarán las normas de competencia del Reglamento y cuándo las del Derecho interno de cada uno de los foros de la UE¹⁹, ello sin perjuicio de aquellas normas del Reglamento que establecen reglas de competencia que operan sea cual fuere el domicilio del demandado, y cuya importancia no se puede desdeñar²⁰.

En esta ocasión, el demandante, un banco establecido en Polonia, presentó la acción ante el Tribunal de Distrito de Varsovia, solicitando que se condenara a una persona física nacional de un Estado tercero a que le pagara una determi-

18. Un ejemplo puede encontrarse en el auto del TJUE dictado en el asunto *mBank*, de 3 de septiembre de 2020 (as. C-98/20). En este caso, se trataba de una demanda de una entidad financiera contra un consumidor al que había concedido un crédito. En el momento de contratar, el consumidor tenía su domicilio en Chequia, pero posteriormente lo estableció en Eslovaquia. Se planteó si, en atención a las circunstancias del caso (básicamente, que estaba en Chequia el domicilio del consumidor en el momento de contratar, y que dicha persona no había comunicado al acreedor el traslado de su domicilio) podía tenerse en cuenta, a los efectos de la competencia judicial basada en el artículo 18.2 del Reglamento, la ubicación del domicilio del demandado en el momento de la celebración del contrato, en vez del domicilio en el momento de presentación de la demanda. El TJUE da una respuesta negativa a la cuestión, e insiste en que el domicilio relevante a efectos de la competencia judicial es el del momento de interposición de la demanda. Esta regla sería de aplicación general, y no únicamente en el caso de los contratos de consumo (implícitamente, REQUEJO ISIDRO, M., «Article 62», *cit.*, p. 779). Además, en su apoyo pueden alegarse otras disposiciones del Reglamento: así, la norma de derecho transitorio del art. 66.1 que prevé la aplicación del Reglamento a las «acciones judiciales» ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, por lo que si el momento pertinente para desencadenar la aplicación *ratione temporis* del Reglamento es el de inicio del procedimiento, y no el del momento en que se constituyera la relación jurídica litigiosa, es lógico que el domicilio a tener en cuenta sea el existente en el momento de ejercitar la acción. Asimismo, como pone de relieve HESS, B., hay que tener en cuenta el artículo 32, que regula en qué momento debe considerarse iniciado el litigio. Aunque no haya una referencia expresa al art. 32 en el art. 66, resulta necesario hacer una interpretación autónoma y uniforme de las condiciones de aplicabilidad temporal del Reglamento («Article 66», *Brussels I bis*, *cit.*, p. 798).

19. Sobre la doble función del art. 4, y en particular como regla de aplicabilidad de las normas de competencia del Reglamento, MARIOTTINI, C.M., «Article 4», *Brussels I bis*, *cit.*, pp. 60-62. Ahora bien, también se ha sostenido que, en sentido estricto, el Reglamento se aplicará siempre, tanto si el demandado tuviera su domicilio en la UE como si no lo tuviera. Lo que ocurriría es que, en este segundo supuesto, el Reglamento no establecería normas que directamente regularan la competencia, sino que lo regularía indirectamente, mediante una remisión al Derecho interno del Estado miembro cuyos tribunales conocieran del asunto. El TJUE habría avalado esta manera de ver las cosas en su dictamen 1/2003, de 7 de febrero de 2006, cuyo párrafo 148 alude al carácter «global y coherente» del «sistema de normas de conflicto de jurisdicción» establecido por el Reglamento 44/2001 (actualmente, 1215/2012), carácter del que deduce que el art. 4.1 (actualmente 6.1) debe interpretarse en el sentido de que forma parte del sistema establecido en el Reglamento, «dado que éste regula la situación considerada mediante referencia a la legislación del Estado miembro del tribunal ante el cual se presente la demanda.»

20. A este respecto, el art. 6.1 menciona los arts. 18.1, 21.2, 24 y 25; en cuanto a las otras disposiciones del Reglamento que introducen excepciones a la regla del domicilio del demandado, REQUEJO ISIDRO, M. «Article 62», *cit.*, p. 780.

nada cantidad de dinero, sobre la base del contrato de crédito al consumo que ambas partes habían celebrado. La dirección del demandado que se indicaba en la demanda era la que constaba en el contrato en cuestión. Tanto la demanda como el requerimiento de pago fueron notificados por vía postal en dicha dirección, pero la documentación fue devuelta al no haber sido hallado el demandado en ella. Se intentó una segunda notificación mediante agente judicial, que igualmente resultó infructuosa. De las informaciones disponibles resultaba que el demandado, nacional de un Estado tercero, había vivido en Polonia unos meses, entre 2017 y 2018, pero su domicilio actual era desconocido, y el órgano jurisdiccional no disponía de indicios probatorios que le permitieran llegar a la conclusión de que estuviera efectivamente domiciliado en otro Estado miembro o fuera a la Unión. En estas circunstancias, se planteó si el artículo 6.1 del Reglamento debía interpretarse en el sentido de que debía determinarse la competencia con arreglo a la ley interna del Estado miembro (Polonia en este caso) cuyos tribunales conocieran de la demanda.

Ateniéndonos a su literalidad, el Reglamento distingue dos supuestos: el primero es cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro (artículos 4 y 5.1), y el segundo cuando el demandado «no está domiciliado en un Estado miembro», según el tenor del artículo 6.1. Ciertamente, este segundo supuesto se daría cuando el demandado estuviera domiciliado en un Estado tercero. Sin embargo, de la literalidad del texto no se desprende que este sea el único caso que prevé el artículo 6.1, puesto que sería perfectamente posible que una persona «no domiciliada» en un Estado miembro tampoco lo estuviera en un Estado tercero. Si esta fuera la interpretación correcta, entonces habría que concluir que, en el supuesto de demandados con domicilio desconocido, la determinación de la competencia o no de la jurisdicción de un Estado miembro debiera verificarse con arreglo a sus normas de Derecho interno, en virtud de la remisión que a ellas efectúa el artículo 6.1 del Reglamento 1215/2012.

No ha sido esta, sin embargo, la manera de ver las cosas del TJUE. Apoyándose en su jurisprudencia anterior sobre demandados sin domicilio conocido (asuntos *Hypotecni banka*, de 17 de noviembre de 2011²¹, y *de Visser*, de 15 de marzo de 2012²²), llega a la conclusión de que en tales supuestos el artículo 6.1 del Reglamento (y consiguiente remisión a las normas de Derecho interno del foro) «solo se aplica si el juez nacional dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho demandado está efectivamente

21. As. C-327/10.

22. As. C-292/10.

domiciliado fuera del territorio de la Unión²³», conclusión que, según el Tribunal de Luxemburgo, se ampararía en la necesidad de hacer una interpretación «estricta» de la premisa en que se basa el artículo 6.1, esto es, que el demandado no se encuentre domiciliado en un Estado miembro²⁴. Francamente, el argumento no convence: ¿es más «estricto» entender que cuando el artículo 6.1 se refiere a los demandados no domiciliados en un Estado miembro está refiriéndose únicamente a los que estén efectivamente domiciliados en Estados terceros o, al menos, que existan indicios importantes en este sentido?

Por mi parte, creo que una interpretación mucho más natural y no forzada de la letra del artículo 6.1 conduce a considerar que, al adoptar el Reglamento, el legislador de la UE estableció dos posibilidades: que el demandado tuviera su domicilio en un Estado miembro o que no lo tuviera. Dentro de esta última posibilidad, cabe entender que se incluye el supuesto de los demandados sin domicilio actual conocido. Aunque someramente, así lo habría puesto de relieve la Abogada General Verica Trstenjak en los párrafos 122 y 123 de las Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2011 a propósito del asunto *Hypoteczni banka*: si el órgano jurisdiccional determina que el demandado no está domiciliado ni en su propio Estado ni en otro Estado miembro, en tal caso se plantea la cuestión de los criterios que deberán tenerse en cuenta para fundamentar la competencia internacional. A este respecto, señala la Abogada General que existen diversas posibilidades *de lege ferenda* propuestas por la doctrina, pero que *de lege lata* «un caso así (en referencia a los demandados con domicilio desconocido) está recogido dentro del ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, del Reglamento nº 44/2001 (actualmente, artículo 6.1 del Reglamento 1215/2012). De este modo, la competencia internacional de un tribunal, en un caso en que el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, se determina conforme a sus propias leyes.»

A mi modo de ver, la anterior conclusión de la Abogada General resulta difícil de rebatir. Entonces, ¿por qué el Tribunal optó por una solución distinta? Entiendo que ello puede deberse a dos razones: la primera sería una errónea interpretación del texto del Reglamento, y la segunda la voluntad de asegurar al

23. Párrafo 44 de la sentencia *Credit Agricole Bank Polska*. A este respecto, y en referencia al precedente de la sentencia *de Visser*, MARIOTTINI, C.M. habla de una «excepción» a la regla de remisión a las normas de competencia del Derecho interno establecida en el art. 6.1 que el TJUE habría «inferido» («Article 6», en M. Requejo Isidro, *Brussels I bis...*, cit. pp. 83-84). De hecho, la principal aportación de la sentencia *de Visser* con respecto al asunto *Hypoteczni banka* es que extiende los supuestos en que cabe aplicar dicha jurisprudencia: si en *Hypoteczni banka* la competencia se basó en el último domicilio conocido del demandado en la UE, en *de Visser* añadió que dicha competencia podía basarse en «alguna de las reglas de competencia» del Reglamento, y en particular la del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 (actual 7.2 del Reglamento 1215/2012), que se refiere a la competencia especial en materia de obligaciones extracontractuales (párrafos 41 y 42).

24. Párrafo 42 de la sentencia *Credit Agricole Bank Polska*.

máximo la aplicación de los criterios de competencia que establece, en detrimento de las normas de competencia de los Derechos internos. Por lo que se refiere al primer aspecto, la sentencia *Hypotecni banka* se basa en una premisa errónea, en la que también se funda el nuevo asunto *Credit Agricole Bank*. Este error aparece claramente en el párrafo 38 de la primera de las sentencias mencionadas, a cuyo tenor: «Dado que el Reglamento n° 44/2001 no define expresamente la competencia judicial en caso de que, como sucede en el litigio principal, se desconozca el domicilio del demandado...». De este aserto se desprendería, entonces, que el supuesto de los demandados con domicilio desconocido no estaría regulado por el Reglamento, y que por tanto existiría una laguna que debiera resolverse a partir de la creación jurisprudencial. Ello supone entender que el sistema del Reglamento se estructuraría a través de una dicotomía entre demandados domiciliados en un Estado miembro y demandados domiciliados en Estados terceros, y que por tanto el supuesto de demandados con domicilio desconocido habría sido olvidado por el legislador de la Unión. Pero, como se ha visto anteriormente, no creo que esta sea la forma correcta de entender el Reglamento, puesto que cuando el artículo 6.1 se refiere a los demandados «no domiciliados» en Estados miembros, cabe entender que este concepto incluiría también el de aquellas personas sin domicilio conocido, por la sencilla razón de que en tal caso no se habría podido acreditar un domicilio en alguno de los Estados de la Unión. Por tanto, parece bastante claro que la interpretación del TJUE fuerza la letra del artículo 6.1.

La segunda razón que, en mi opinión, explicaría la doctrina que establece el TJUE sería la voluntad de garantizar que las normas unificadas de competencia que establece el Reglamento se apliquen tanto como sea posible, y que correlativamente la aplicación de las normas de competencia del Derecho interno sea excepcional, casi residual. Ello se justificaría, según el TJUE, por la necesidad de asegurar el objetivo de previsibilidad y seguridad jurídica, así como el de protección jurídica de los domiciliados en la Unión. Por ello, tal como afirma Pilar Jiménez Blanco, en los citados asuntos *Hypotecni banka* y *de Visser*, el TJUE habría extendido la aplicación de las normas del Reglamento frente a las del Derecho interno de los Estados miembros a partir de una «presunción» de que el domicilio del demandado está en un Estado miembro cuando el último conocido que hubiera tenido se ubicara en el territorio de un Estado miembro. Por ello, solo sería posible aplicar las reglas de competencia del Derecho interno del Estado miembro conocedor del asunto si el órgano jurisdiccional dispusiera de indicios probatorios que le permitieran llegar a la conclusión de que el demandado estuviera efectivamente domiciliado fuera de la Unión²⁵. Es posible que, en abstracto, la solución preconizada por el TJUE (*rectius*, la nueva

25. *Cit.*, p. 4.

norma de competencia judicial que construye) persiga proteger intereses legítimos. Ahora bien, no creo que ello justifique un forzamiento de la letra del Reglamento, forzamiento que en nada contribuye a potenciar la seguridad jurídica.

Aplicando esta jurisprudencia al nuevo caso que ahora se comenta, el TJUE entiende que si no se conoce el domicilio del demandado y no se dispone de indicios probatorios de que esté efectivamente domiciliado en otro Estado miembro o fuera de la UE, la regla de competencia especial recogida en el artículo 18.2 del Reglamento, en cuya virtud la acción entablada contra el consumidor por la otra parte debe interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor, debe interpretarse en el sentido de que comprende igualmente el último domicilio conocido del consumidor. Además, indica que la conclusión anterior no varía por el hecho de que el demandado sea nacional de un Estado tercero, dado que el Reglamento se basa en el criterio del domicilio para determinar la competencia, no en el de la nacionalidad²⁶. Por tanto, cuando el domicilio actual del consumidor demandado fuera desconocido y su último domicilio conocido hubiera estado en el territorio de un Estado miembro, entonces la competencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado se determinaría, no por las normas de su Derecho interno, sino por el artículo 18.2 del Reglamento²⁷. Así pues, a partir de la información disponible en el caso concreto, ello conduciría a admitir la competencia de la jurisdicción polaca, por ser la del último domicilio conocido del demandado en la UE²⁸.

26. Párrafos 45 a 48.

27. Párrafo 49.

28. A este respecto, cabe añadir que, como señala JIMÉNEZ BLANCO, P., en este tipo de casos hay otro dato a tener en cuenta, que es el hecho de que la dirección del demandado en el momento de contratar figure en el contrato, puesto que el domicilio establecido en el contrato sería un elemento de seguridad jurídica y previsibilidad para el demandante. En su opinión, aun cuando en el contexto de las normas de competencia judicial el momento relevante para la determinación del domicilio es el de la interposición de la demanda, salvo disposición expresa que diga otra cosa, sería razonable que las partes contratantes asumieran la carga de comunicar a la otra parte sus cambios de domicilio, sobre todo en el caso de los contratos destinados a durar en el tiempo, como los de préstamo en que se acuerde su devolución en pagos fraccionados sucesivos. Ello justificaría, a su modo de ver, la «presunción de domicilio a menos que se demuestre lo contrario», y esta sería en último término la razón de ser de la jurisprudencia *Hypoteczni banka*. De esta manera, el contratante que cambiara de domicilio sin avisar a la otra parte correría el riesgo de ser considerado domiciliado en su último domicilio conocido, y ello permitiría equilibrar la seguridad jurídica del demandante y el derecho de defensa del demandado (*cit.*, p. 4). Por mi parte, estoy de acuerdo en que, en abstracto, esta solución podría resultar apropiada, sobre todo para salvaguardar la posición del demandante; sin embargo, hay que tener en cuenta que, al menos en el supuesto de los demandados que tengan la condición de consumidor, el TJUE la ha descartado cuando se conozca el nuevo domicilio del demandado en el momento de la interposición de la demanda. Así, en el antes citado auto *mBank*, de 3 de septiembre de 2020, no admitió que se tuviera en cuenta, para determinar la competencia judicial, el domicilio del consumidor demandado en el momento de contratar (*Chequia*), y por el contrario insiste en que el domicilio relevante es el que exista en el momento de iniciarse el procedimiento (*Eslovaquia*). Cabe plantearse, sin embargo, si, en caso de que no se hubiera tratado

4. Consideraciones finales

Este trabajo comenta y analiza dos sentencias recientes del TJUE que aportan, a mi juicio, precisiones interesantes sobre la noción de domicilio del demandado, absolutamente central en el sistema de reglas de competencia del Reglamento 1215/2012. La primera de las comentadas, dictada en el asunto *Toplofikatsia Sofia*, de 16 de mayo de 2024, merece, a mi modo de ver, un juicio positivo. El problema que resuelve es el de las facultades de los Estados miembros a la hora de determinar, conforme a su Derecho interno, si el domicilio de una parte está en su territorio, tal como prevé el artículo 62.1 del Reglamento. El TJUE no discute que corresponda al legislador de cada Estado miembro regular las condiciones para que alguien pueda considerarse domiciliado en su territorio. El único límite a este respecto sería el de no menoscabar el efecto útil de las disposiciones del Derecho de la Unión, por lo que el legislador nacional no podría «desactivarlas» mediante normas internas. En el caso concreto, el establecimiento en Derecho búlgaro de un concepto de «dirección permanente» que conducía a considerar que un ciudadano búlgaro se hallaría siempre domiciliado en Bulgaria, aun cuando residiera en otro Estado miembro, pondría en jaque el sistema de distribución de competencias entre jurisdicciones de los Estados miembros diseñado por el legislador de la Unión, perjudicando claramente su efecto útil.

En cambio, no resulta tan fácil emitir un juicio favorable de la sentencia *Credit Bank Polska S.A.*, de 11 de abril de 2024. Es cierto que, si se tiene en cuenta el precedente de la sentencia *Hypoteczni banka* de 2011 acerca de los demandados sin domicilio conocido, la resolución del TJUE en este nuevo caso no resulta sorprendente. A pesar de ello, pienso que esto no nos exime de poner de relieve los problemas que plantea el caso de 2011, y que el de 2024 reitera. Ciertamente, estoy convencido del carácter bienintencionado de esta jurisprudencia, preocupada por evitar la indefensión de la parte demandante en aquellas situaciones en que el deudor demandado desaparezca sin dejar rastro. Además, es muy posible que hubiera buenas razones para establecer una regulación uniforme en la materia a nivel de la Unión. Ahora bien, lo que no es aceptable es que, para alcanzar dicho resultado, se fuerce el tenor de las disposiciones del Reglamento, y menos aún que ello se haga en el nombre de la previsibilidad y la seguridad jurídica. Por el contrario, el mejor favor que se le puede hacer a la seguridad jurídica es respetar el tenor de los textos cuando estos sean claros y no existan razones de interpretación teleológica o sistemática que permitan matizar su tenor literal. En este caso, creo que tales razones

de un contrato de consumo, el TJUE habría estado dispuesto a aceptar una solución más proclive a los intereses del demandante.

no se daban, puesto que la interpretación teleológica y sistemática del Reglamento no permite poner en entredicho la dicotomía entre demandados domiciliados en un Estado miembro y los que no lo estén. Además, como se ha demostrado en este trabajo, tampoco existía una laguna en el Reglamento que tuviera que colmarse mediante la creación judicial del Derecho. Por todo ello, creo que la argumentación jurídica de la doctrina sentada en los asuntos expuestos, relativa a los criterios para determinar la competencia de la jurisdicción de un Estado miembro cuando no se conozca el domicilio del demandado, es endeble. Además, tampoco podría justificarse con el argumento de que la presunción en favor del último domicilio conocido en la UE, creada por vía jurisprudencial y fundamentada en las reglas de competencia del Reglamento, sea la única posibilidad para evitar que se vea frustrada la tutela judicial del demandante, cuando el domicilio del demandado resulte desconocido. Como es evidente, el artículo 6.1 permitiría perfectamente que, en tales casos, las jurisdicciones de los Estados miembros pudieran declararse competentes sobre la base de las normas de su Derecho interno. Ciertamente, la aplicación de las normas nacionales de competencia podría comportar diferencias de criterio entre las distintas jurisdicciones de la UE y, desde este punto de vista, admito que pueda plantearse la conveniencia de establecer un régimen uniforme para todos los Estados miembros, para evitar tales disparidades. Ahora bien, entiendo que, llegados a este punto, este es un afán para el legislador, y no para el TJUE, precisamente para salvaguardar la seguridad jurídica.

5. Bibliografía

- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M^aJ., «Algunas consideraciones sobre el principio actor sequitur forum rei», *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 28-2022, pp. 1-59.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La cooperación judicial en materia civil», en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), edit. Iustel/AEPDIRI, 2008, pp. 437-449.
- DA CRUZ VILAÇA, J.L., «Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour», en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives of Sixty Years of Case-law – La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, A. Rosas (ed.), edit. Asser Press, La Haya, 2013, pp. 279-306.
- GUARDANS CAMBÓ, I., *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, A.-L. Calvo Caravaca (ed.), edit. Universidad Carlos III / BOE, Madrid, 1995, pp. 679-695.
- HESS, B., «Article 66», en *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No*

- 1215/2012, M. Requejo Isidro (ed.), edit. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK / Northampton, MA, 2022, pp. 797-799.
- IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «La cooperación judicial internacional en materia civil», *Cooperación jurídica internacional*, S. Álvarez González y S. Remacha Tejada (eds.), col. Escuela Diplomática, núm. 5, edit. Escuela Diplomática/AEP-DIRI/BOE, 2001, pp 47-58.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., «De nuevo sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I bis en supuestos de domicilio actual desconocido del demandado», en *La Ley Unión Europea*, núm. 126, junio de 2024.
- LÓPEZ GIL, M., «Sobre el concepto de domicilio a efectos de la determinación de la competencia judicial internacional y la posible aplicación del reglamento 2020/1784, de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales», *La Ley UE*, núm. 128, agosto/septiembre de 2024.
- MARIOTTINI, C.M., «Article 4», en *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, M. Requejo Isidro (ed.), edit. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK / Northampton, MA, 2022, pp. 60-71.
- MARIOTTINI, C.M., «Article 6», en *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, M. Requejo Isidro (ed.), edit. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK / Northampton, MA, 2022, pp. 79-86.
- REQUEJO ISIDRO, M., «Article 62», en *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, M. Requejo Isidro (ed.), edit. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK / Northampton, MA, 2022, pp. 778-782.
- REQUEJO ISIDRO, M., «Article 63», en *Brussels I bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, M. Requejo Isidro (ed.), edit. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK / Northampton, MA, 2022, pp. 783-787.
- ROBLES REYES, J.R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, edit. Universidad de Murcia, 2003.
- VINAIXA MIQUEL, M., en *Lliçons de dret internacional privat*, A. Font i Segura y otros (coord.), edit. Atelier, Barcelona, 2023, pp. 63-97.

XIV | Reflexiones sobre la mediación electrónica

*Ayllen Gil Seaton*¹

Profesora Lectora de Derecho Procesal
Universidad Oberta de Catalunya

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. BREVE REFERENCIA CONCEPTUAL. 3. ATRIBUTOS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA. 3.1. VENTAJAS. 3.2. POTENCIALES LIMITACIONES DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA. 4. LA MEDIACIÓN ELECTRONICA EN LA PRACTICA 5. CONCLUSIÓN 6. BIBLIOGRAFÍA

1. Introducción

En actualidad, resulta difícil negar las grandes transformaciones provocadas por la tecnología en cuanto la forma de interacción de las personas. Justamente, una de las áreas en las que uso de la tecnología ha generado un cambio es en la forma en que se resuelven los conflictos.

La mayoría de las personas utilizan herramientas tecnológicas en sus tareas diarias, por lo que pretenden también poder recurrir a ellas para resolver los problemas que puedan surgir en el entorno virtual o fuera de éste. Desde pequeñas cuestiones ocasionadas en el comercio electrónico, hasta la gestión de disputas emocionales más complejas, como problemas laborales, divorcios y conflictos familiares.

En definitiva, un escenario virtual y tecnológico cambiante, que de manera acelerada incorpora nuevos factores, desafía a la administración de justicia, en general, pero también a los mecanismos de resolución de controversias, en particular.

1. He tenido la fortuna de conocer al Prof. Manuel Cachón Cadenas al inicio de mi vida académica, convirtiéndose para mí en un ejemplo de amabilidad, sencillez y dedicación. Muchas gracias profesor.

En este contexto, los mecanismos en línea se plantean como una respuesta eficaz a conflictos propios del entorno virtual, pero también para aquellos que requieren de una respuesta rápida, sencilla y asíncrona. Aunque son variados los mecanismos disponibles en la actualidad, en esta contribución, la atención se centra en la mediación electrónica.

Con el propósito de verificar su estado actual y repensar sus limitaciones, el estudio comienza con una delimitación conceptual, y se centra en la identificación de sus principales atributos y potenciales desventajas. Por último, se muestra la experiencia práctica de la mediación electrónica en algunas instituciones de referencia.

2. Breve referencia conceptual

El concepto de mediación electrónica en España, es un concepto que adolece de cierta vaguedad. Así, en opinión de algunos autores se la ha asociado erróneamente a la resolución de conflictos en el ámbito de consumo, se ha confundido conceptualmente con la negociación asistida y se la ha asimilado con los ODR². Por esta razón, aunque no se entrará en detalle en la discusión teórica sobre el tema, hacer una delimitación conceptual³ será relevante para delimitar el objeto de análisis.

Actualmente, se ha hecho un esfuerzo para delimitar la mediación electrónica de los ODR, distinguiéndose conceptualmente, el uso de la tecnología en el entorno de resolución de conflictos y la generación de nuevas plataformas de ODR propiciadas por los avances técnicos de Internet⁴.

En su forma más simple, ODR es exactamente lo que sugiere su nombre: utilizar Internet como plataforma en la que se resuelve una disputa. Normalmente, la implicación es que Internet es la plataforma exclusiva para los procedimientos y no simplemente un medio, entre muchos, mediante el cual operan quienes trabajan para resolver una disputa.

2. Para un análisis detallado a nivel nacional ver CONFORTI, F., «Mediación electrónica de conflictos en España», en *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, n° 10, 2014, p. 285-309.

3. Se debe advertir que la delimitación conceptual atiende a la identificación de la mediación electrónica dentro de los mecanismos extrajudiciales o «mecanismos adecuados de solución de controversias», pero no pretende acotar su ámbito de aplicación.

4. Barral Viñals, I., «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», en *Revista D'Internet, Dret i Política*, n° 11, 2010.

Por su parte, examinar las diferencias entre los ODR y la mediación en línea sugieren que la mediación en línea todavía puede estar suficientemente arraigada en la mediación tradicional como para considerarla como una categoría separada de resolución alternativa de conflictos⁵.

Así, se ha dicho que la mediación electrónica, involucra el uso de técnicas de mediación tradicional en entornos *online*, siendo entonces un tipo de la mediación, que emplea (en diferentes grados y dimensiones) elementos tecnológicos o telemáticos en su procedimiento⁶. Es decir, se entiende como mediación electrónica aquella que emplee la tecnología en alguna de sus fases o trámites y aquella que se desarrolle completamente *online*, cualquiera sea el soporte o plataforma empleado.

Es importante, aclarar en este punto que, no obstante la conceptualización proporcionada, no serán objeto de análisis en este trabajo la mediación completamente automatizada ni tampoco el uso de la inteligencia artificial en la mediación, pues merecen un estudio separado.

3. Atributos e inconvenientes de la mediación electrónica

3.1. Ventajas

A las ventajas que tiene la mediación por medios tradicionales presenciales (rapidez, eficacia y reducción de costos, entre otras) hay que agregar aquellas que supone el uso de la tecnología en la mediación y/o la conducción de ésta por medios electrónicos. El atributo que, a priori, presentan las modalidades electrónicas radican, en primer lugar, en la mayor disponibilidad espacial y temporal que se ofrece a los sujetos para resolver la controversia, ya que permite, por una parte, disponer de manera inmediata de toda la información y documentación y, por otra, de una comunicación asíncrona⁷ (según el modelo de mediación empleado) en la resolución del conflicto, que puede favorecer un mejor entendimiento y posibilidad de acuerdo entre las partes.

5. Archerd, E. R. «Online mediation and the opportunity to rethink safety in Mediation», *Stetson Law Review*, Vol. 52(2), 2022, p. 309.

6. Martín Diz, F. Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación, *Práctica de Tribunales*, nº 98/99, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, 2012.

7. Vilalta, Aura E., «Resolución Electrónica de Conflictos, Online Dispute Resolution», en *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, pp. 391-442, Aranzadi, Thomson Reuters, 2010, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1803058>

La tecnología también puede permitir a los mediadores y mediadoras replantear las comunicaciones entre las partes en tiempo real, controlar el momento en el que acceden a determinada información, lo que puede ayudar a las partes a comunicarse en un mejor momento y evitar escaladas o provocaciones innecesarias.

A su vez, la agilidad digital, puede implicar un menor coste económico y una mayor ventaja temporal que la mediación presencial.

Otro atributo relevante es la flexibilidad que ofrece a las partes en cuanto a la conducción de la mediación, especialmente en entornos internacionales o en conflictos transfronterizos. La posibilidad de combinar formatos *online* y presenciales, las llamadas reuniones híbridas y la alternancia de reuniones presenciales o en línea, según las necesidades y la disponibilidad de las partes, permite la máxima flexibilidad en cuanto a la gestión del procedimiento. Permite, también, responder de manera ágil a las cuestiones contingentes que pueden surgir durante el conflicto.

Por su parte, mientras se plantea como una crítica la preocupación por que la mediación se convierta en un proceso impersonal, debido a la pérdida de la comunicación no verbal propiciada por las conversaciones «*face to face*», y con ello aumente la probabilidad de que se produzca una mala comunicación⁸. Al mismo tiempo, se señala como una ventaja, una mayor desinhibición por medios electrónicos, la eliminación de perjuicios y la ampliación del tiempo de contacto entre partes y mediador⁹.

En este sentido, también se ha afirmado que las personas no necesariamente obtienen menos información sobre las emociones en un entorno en línea; asimismo, menos información no necesariamente hace que la comunicación emocional sea menos eficiente¹⁰. Dependerá de las circunstancias del caso, de las partes que participen y el mediador o mediadora.

Por último, la mediación en línea puede conducir a una situación en la que, especialmente los más jóvenes, se acercan más rápidamente a este método, por lo que es más probable que lo acepten como nativos digitales. Convirtiéndose así, en una opción menos estresante para determinados participantes.

8. Cole, Sarah Rudolph, & Blankley, K. M., «Online mediation: where we have been, where we are now, and where we should be», *University of Toledo Law Review*, 38(1), 2006.

9. FRANCO CONFORTI, E., «La mediación de conflictos por medios electrónicos», en *Mediatio: mediación*, nº 4, 2013.

10. Zhao, Yuxian, «Rethinking the Limitations of Online Mediation», *American Journal of Mediation*, vol. 11, 2018.

3.2. Potenciales limitaciones de la mediación electrónica

Uno de los aspectos que se plantea como una desventaja es el decaimiento y reducción del «factor humano»¹¹. El contacto entre los sujetos en conflicto y el mediador es interpuesto, a través del soporte electrónico empleado¹². Como resultado, ciertas técnicas de mediación como la lectura de expresiones, que se consideran indispensables o críticas para la mediación, parecen difíciles de implementar en un entorno completamente en línea¹³.

En un segundo lugar, pero igualmente relevante, es lo que se denomina como la «brecha digital». No todas las personas, por diferentes razones de accesibilidad, preparación o igualdad de oportunidades, están preparadas para el empleo de medios tecnológicos y telemáticos. Una de las vías que se ha planteado para solventar la dificultad que puede constatarse ante la brecha digital, es el canalizar las mediaciones electrónicas a través de las instituciones de mediación, proveyendo éstas de la asistencia a los sujetos que lo necesiten, de los instrumentos tecnológicos y de los mediadores capacitados para efectuar una mediación en línea¹⁴. Todo esto, sin perjuicio del necesario control que debe existir por parte del mediador o mediadora en la valoración de todos los factores necesarios para sugerir una mediación en línea en un caso en concreto.

Otra potencial limitación de la mediación electrónica, especialmente en aquellas que se canalicen a través del intercambio electrónico de documentos y que supriman en mayor o menor grado la visualización física de las partes y el mediador, es la dificultad que puede suponer, fundamentalmente para el mediador, no observar la reacción, actitud, habla, escucha o gestos de los sujetos implicados. En definitiva, una mala interpretación del lenguaje no verbal en el caso de la videoconferencia.

11. MARTÍN DIZ, F. «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación, *Práctica de Tribunales*», nº 98/99, *Sección Estudios*, Editorial Wolters Kluwer, 2012.

12. Libro Blanco de la mediación en Cataluña (2011), señala respecto a la mediación *on-line* que «se ha constatado una percepción mayoritariamente positiva, aunque con ciertas reservas. La mayoría de mediadores consideran que informatizar el procedimiento es muy recomendable para el sistema ya que contribuye a agilizar los trámites y la comunicación entre las partes como el inicio de la mediación o el intercambio de propuestas. No obstante, se plantean reservas con respecto a la aportación de pruebas y a la objetivación de la comunicación. En este último sentido, los mediadores insisten en que el factor humano es fundamental para la efectividad de la comunicación».

13. Eisen, Joel B., «Are We Ready for Mediation in Cyberspace?», *BYU L. REV.* 1305, vol. 1308, 1998: «Given the profession's current orientation to listening and processing oral information, mediators would find it largely impossible to translate their skills to the online setting.»

14. MARTÍN DIZ, F. «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación, *Práctica de Tribunales*», Nº 98/99, *Sección Estudios*, Editorial Wolters Kluwer, 2012.

Por último, dos aspectos especialmente sensibles, el riesgo de violación de la intimidad de los usuarios y del mediador, y las dificultades de preservación de la confidencialidad. Sobre estos últimos aspectos, la doctrina se ha detenido un poco más precisando la necesidad de una adecuada protección de la identidad de quienes intervienen en la mediación, aspecto en el que me remitimo a esos textos representativos¹⁵.

4. La mediación electrónica en la práctica internacional

Una breve referencia en cuanto al tratamiento y gestión de la mediación electrónica por algunas instituciones y centros de referencia, permitirá obtener una visión de conjunto de la situación actual.

a. Organización Mundial de Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI)

Particularmente interesante resulta la revisión de la práctica implementada por el Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI, por tres razones principales. En primer lugar, por el tipo de asuntos sometidos a su conocimiento; en segundo lugar, ya que en su Reglamento sobre mediación permite y alienta a las partes, mediadores y árbitros a llevar a cabo procedimientos utilizando herramientas en línea (Artículo 10 del Reglamento de Mediación de la OMPI); y, en tercer lugar, porque pone a disposición de las partes herramientas en línea para la administración de casos, sin costo alguno, las cuales incluyen un sistema de expedientes en línea y aplicaciones de videoconferencia.

Así las cosas, cuando las partes deciden someter la resolución de un asunto al procedimiento de Mediación de la OMPI, estas tienen a su disposición el servicio denominado WIPO eADR, que permite el envío de comunicaciones de forma segura a un expediente en línea. Asimismo, cuando las circunstancias de las partes o el caso lo requieran se puede acordar la celebración de reuniones o audiencias de forma remota. De esta manera, la institución ofrece una plataforma de gestión del conflicto segura, con normas explícitas sobre los deberes de confidencialidad y la protección de datos personales.

En cuanto a los casos de mediación administrados por el Centro, la institución ofrece una cifra global del total de casos administrados cada año (548 casos de

15. Bujosa Vadell, L. y Palomo Vélez, D., «Mediación electrónica: Perspectiva europea», en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, 2017; Ramón, Francisca, «La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal», en *InDret*, 2014.

arbitraje y mediación en el año 2022)¹⁶, sin distinción por tipo de procedimiento, por lo que no resulta posible determinar el número de mediaciones administradas cada año. No obstante esta limitación, la institución informa que WIPO eADR ha sido utilizado en un 30% de los casos administrados por el Centro.

b. Cámara de Comercio Internacional (ICC)

La *ICC Mediation Rules* prevé en su art. 4.1. que, en ausencia de un acuerdo entre las partes, el Centro podrá determinar el lugar de cualquier «reunión física» del Mediador y las partes o podrá invitar al Mediador a hacerlo después de que el Mediador haya sido confirmado o designado. De esta manera, no hay ninguna estipulación de que las partes no puedan acordar sesiones virtuales.

La institución no ofrece información, actualmente, en su sitio web sobre el número de mediaciones administradas y el empleo o no de medios tecnológicos en su procedimiento¹⁷.

Ahora bien, un punto interesante a destacar, es la elaboración de una guía sobre la gestión eficaz de conflictos, que ofrece orientación para seleccionar la técnica de ADR más adecuada y explica cómo utilizarla de manera eficiente para evitar la escalada, resolver disputas y reducir el costo de disputas inevitables, antes y después del inicio de los procedimientos de mediación, empleando la tecnología para ofrecer soluciones eficientes¹⁸. Es interesante, pues puede constituir una buena herramienta para la promoción de la mediación por medios electrónicos.

c. London Court of International Arbitration (en adelante, LCIA)

De acuerdo a la LCIA Mediation Rules, conforme al artículo 6.2, se estipula que el mediador podrá convocar una reunión o reuniones virtualmente mediante conferencia telefónica, videoconferencia o utilizando otra tecnología de comunicación (o de forma combinada) después de consultar con las partes.

Según información publicada por la institución, en el año 2022, del total de asuntos sometidos a su gestión, cuatro fueron resueltos por medio de media-

16. WIPO Caseload Summary, disponible electrónicamente en: <https://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>, última visita el 27/12/23.

17. La institución fue consultada vía correo electrónico sobre estos datos, a la fecha no se ha obtenido información sobre estos datos.

18. Guide of Effective Conflict Management, disponible electrónicamente en: https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/09/2023_Effective-Conflict-Management-901-1.pdf, última visita 27/12/23.

ción¹⁹. No obstante, la institución no informa sobre la utilización de medios o herramientas tecnológicas durante el procedimiento²⁰.

d. International Mediation Institute (IMI)

El IMI no proporciona reglas específicas para la mediación en línea, pero ofrece una especialización en mediación en línea IMI.

e. Centro Español de Mediación

El art. 13 del Reglamento del Centro señala que la mediación, en general, tendrá la máxima flexibilidad, estando facultado el mediador para organizar la misma como considere más apropiado, siempre teniendo en cuenta la opinión de las partes. Asimismo, las sesiones pueden ser realizadas presencialmente y por medios telemáticos a elección de las partes.

Actualmente, la información sobre el número de mediaciones administradas y el uso de medios tecnológicos en el procedimiento no se ha podido verificar por falta de datos²¹.

Por último, al margen de las instituciones consultadas y de la revisión de la regulación de cada una de ellas, actualmente existen diferentes plataformas que ofrecen servicios de mediación en línea para determinados tipos de conflictos, como por ejemplo: *Cybersettle*, *ClickNsettle* o *ResolveitNow*, que ofrecen un «mediador electrónico» para la resolución de controversias sobre reclamaciones de dinero, o la plataforma [Mediate.com](https://www.mediate.com), entre otros²².

No obstante, la aplicación práctica de la mediación electrónica o en línea, es un tema en evolución, y producto de las nuevas obligaciones introducidas en materia de resolución de conflictos por el Reglamento UE 2022/2065 sobre servicios digitales, es probable que su desarrollo se acelere.

19. 2022 ANNUAL CASEWORK REPORT, disponible electrónicamente en: [file:///C:/Users/agilse/Downloads/LCIA%20Annual%20Casework%20Report%202022%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/agilse/Downloads/LCIA%20Annual%20Casework%20Report%202022%20(1).pdf), última visita 27/12/23.

20. La institución fue consultada vía correo electrónico sobre estos datos, el que fue respondido indicando que no contaban con información adicional a la publicada y que el uso de los medios tecnológicos estaban disponibles y su uso dependía del mediador/a.

21. La institución fue consultada vía correo electrónico sobre estos datos, no habiéndose obtenido información adicional a la fecha de esta contribución.

22. Puede consultarse: LÓPEZ JIMENEZ, D., y CASTILLO GIRÓN, V. M., «Mecanismos informales on-line de resolución de conflictos derivados de Internet», en *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 119, julio-septiembre 2012. WIZARD, <https://www.ourfamilywizard.com/knowledge-center/solutions/mediators-and-ourfamilywizard>.

3. Conclusión

Con el propósito de mostrar, brevemente, el estado de la mediación electrónica, esta contribución describe las principales preocupaciones observadas en torno a la mediación electrónica, invitando a repensar sus potenciales limitaciones y valorando sus principales ventajas.

De la experiencia observada hasta ahora, existen variadas formas en que la tecnología puede ayudar a los mediadores y mediadoras a ser más eficientes y eficaces, ya sea como una herramienta del proceso o como una forma de gestión del conflicto en sí mismo.

De esta manera, la mediación electrónica o en línea, se presenta como una oportunidad para determinada clase de conflictos. Para ello, el rol de los centros de mediación y mediadores y mediadoras es clave, pues deberán identificar los intereses de las partes en cada conflicto y diseñar el sistema más adecuado a ese caso concreto, utilizando todas las herramientas actuales disponibles para maximizar los resultados.

4. Bibliografía

- ARCHERD, E. R. «Online mediation and the opportunity to rethink safety in Mediation», *Stetson Law Review*, Vol. 52(2), 2022, pp. 307-328.
- BARRAL VIÑALS, I. «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», en *Revista D'Internet, Dret i Política*, nº 11, 2010.
- BUJOSA VADELL, L. y PALOMO VÉLEZ, D., «Mediación electrónica: Perspectiva europea», *Revista Ius et Praxis*, Año 23, Nº 2, 2017;
- COLE, Sarah Rudolph, & Blankley, K. M, «Online mediation: where we have been, where we are now, and where we should be», *University of Toledo Law Review*, 38(1), 2006.
- CONFORTI, F.: «Mediación electrónica de conflictos en España», en *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, nº 10, p. 285-309, 2014.
- EISEN, Joel B., «Are We Ready for Mediation in Cyberspace?», en *BYU L. REV.*, vol. 1308 (1998).
- LÓPEZ JIMENEZ, D., y CASTILLO GIRÓN, V. M., «Mecanismos informales on-line de resolución de conflictos derivados de Internet», *Revista de la Contratación Electrónica*, no. 119, julio-septiembre 2012.
- MADRID PARRA, A., «El uso de medios electrónicos en la mediación patrimonial privada», en *Derecho de los Negocios*, Nº 269, Editorial LA LEY, 2013.
- MARTÍN DÍZ, F. Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación, *Práctica de Tribunales*, Nº 98/99, Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer, 2012.

RAMÓN, Francisca, «La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal», InDret, 2014.

ZHAO, Yuxian, «Rethinking the Limitations of Online Mediation», *American Journal of Mediation*, nº11, 2018.

XV | Publicidad e intervención en procesos civiles para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios¹

Tomás López-Fragoso Álvarez
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de La Laguna

El artículo 15 LEC² (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC), complementa el reconocimiento que la propia LEC realiza de la le-

1. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i de Generación de Conocimiento, titulado Sostenibilidad ambiental, social y económica de la administración de justicia. Retos de la Agenda 2030. (SOST JUST 2030), con referencia PID2021-126145OB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

2. Artículo 15 LEC

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Letrado de la Administración de Justicia publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses. El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Letrado de la Administración de Justicia determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley.

gitimación extraordinaria de las asociaciones y otras entidades constituidas para la defensa de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en el artículo 11 LEC³, y completa la posible intervención procesal de los consumidores y usuarios reconocida también por el artículo 13.1 ap. 2.º LEC⁴ en los procesos que dichos entes inicien para la tutela de tales derechos e intereses.

Cuando los consumidores o usuarios sufran un perjuicio en sus derechos e intereses, en cuanto tales consumidores o usuarios individuales, podrán iniciar el proceso para la tutela de los derechos colectivos una asociación de consumidores y usuarios o el grupo de afectados. En ambos casos, la asociación o el grupo de afectados por el hecho dañoso serán parte en el proceso, y respecto del grupo, en cuanto ente sin personalidad jurídica, el artículo 6.1.7.º LEC⁵ les reconoce capacidad para ser parte, teniendo que comparecer en el proceso por medio de las personas que de hecho o en virtud de pactos internos del propio

4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

3. Artículo 11 LEC

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

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

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

Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

4. Artículo 13.1 ap. 2º LEC

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

5. Artículo 6.1.7 LEC

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

grupo actúen en su nombre frente a terceros (artículo 7.7 LEC⁶). En los procesos concretos en los que estas asociaciones o grupos se constituyan en parte demandante, el artículo 11 LEC les reconoce una legitimación extraordinaria, sin perjuicio de la legitimación ordinaria de los perjudicados individuales, los cuales, además de haber podido iniciar un proceso para la tutela de su derecho individual, podrán también intervenir en el proceso iniciado por aquellos entes con legitimación extraordinaria. El conocimiento que los consumidores o usuarios individuales tengan de la existencia de estos procesos iniciados por los legitimados extraordinarios es una condición necesaria para poder decidir si les interesa participar en el proceso. A tal fin el artículo 15 LEC dicta las medidas que han de cumplirse para garantizarles un efectivo ejercicio de su derecho de intervención procesal.

La notificación del inicio del proceso, o la comunicación de la intención de iniciarlo, constituye una forma especial de denuncia del litigio debido a la propia especialidad de los derechos e intereses objeto del proceso. Ello la distingue claramente de la denuncia del litigio del artículo 14 LEC y también de la notificación que el órgano jurisdiccional deba acordar de oficio ex artículo 150.2 LEC⁷ para comunicar la existencia del juicio a los terceros que puedan verse afectados por el resultado del proceso.

Sin perjuicio de la advertencia —relativa a la no aplicación de lo dispuesto en el precepto que ahora nos ocupa a los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios— contenida en el apartado cuarto del artículo 15 LEC, el citado precepto se estructura en tres apartados para diferenciar el régimen de esta especial denuncia, según se trate de derechos o intereses colectivos (artículo 15.2) o de derechos o intereses difusos (artículo 15.3), según la configuración que de los mismos se contiene en el artículo 11 LEC, dedicando el número 1.º del artículo 15 a las medidas comunes para ambos tipos de derechos o intereses.

En los procesos que tengan por objeto tanto la tutela de derechos o intereses colectivos como derechos e intereses difusos, el artículo 15.1 LEC exige que se

6. Artículo 7.7 LEC

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

7. Artículo 150.2 LEC

Por disposición del Tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la resolución que ponga fin al procedimiento. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el Tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos.

notifique a los perjudicados individuales la pendencia del proceso. La comunicación consiste en una especie de notificación edictal o *adcitatio*, mediante la publicación de «la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses» (artículo 15.1 LEC). El artículo 15.1 LEC determina que el letrado de la administración de justicia será el encargado de efectuar la publicación. Es claro que éste es un cometido propio del órgano jurisdiccional —entendido éste en sentido amplio— pues, como sucede con la litisdenunciación del artículo 14, la parte lo que debe hacer es solicitarlo del órgano y éste debe encargarse de llevarlo a cabo, pues de un acto procesal de «llamada» de terceros a un proceso ya iniciado se trata; por lo tanto, será un acto procesal que tendrá lugar de oficio o a instancia de la parte demandante. Mejor dicho, el letrado de la administración de justicia debe proceder a la publicación del hecho de la admisión de la demanda si se trata de intereses colectivos y el demandante previamente ha notificado a los consumidores su intención de presentar la demanda, y debe acordar de oficio tal publicación cuando el demandante acredite que los derechos o intereses son difusos. No dispone tampoco el precepto ninguna regla sobre los gastos de tal publicación. Aplicando las normas generales, tendrán la consideración de costas procesales ex artículo 241.1.2.º LEC⁸, pero el artículo 6.4 de la Ley 1/1996, de 10 de enero⁹, de asistencia jurídica gratuita sólo reconoce este desembolso económico como contenido del derecho a la asistencia gratuita cuando de periódicos oficiales se trate. La naturaleza y el número de medios de comunicación, así como su ámbito de difusión, se determinará por el letrado de la administración de justicia según las circunstancias de cada caso. Para ello deberá atender, no a razones de oportunidad o de pura comodidad, sino a la función que cumple esta publicación, que no es otra que garantizar el ejercicio del derecho procesal de defensa. Por lo tanto, tendrá que cuidar que la publicación de la admisión de la demanda se realice en un medio de comunicación que previsible y razonablemente haga llegar a todos los interesados, en una situación de normalidad, el conocimiento del inicio del proceso.

Si de derechos o intereses colectivos se trata, hay que tener en cuenta que los perjudicados estarán determinados o serán fácilmente determinables (artículo 11.2 LEC). Además, si el que actúa en el proceso como demandante es un grupo de afectados, el artículo 6.1.7.º LEC exige que, para tener capacidad para ser parte, el grupo tiene que constituirse con la mayoría de perjudicados. De

8. Artículo 241.2º LEC

Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.

9. Artículo 6.4 Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita

Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales

esta circunstancia deriva que, cuando la parte sea el grupo, como mínimo la mayoría de afectados ya tienen conocimiento de la intención del grupo de iniciar el proceso, cosa que no sucede si quien demanda es una asociación u otro tipo de entidad. Pero para ambos casos el artículo 15.2 LEC exige que se comunique por los futuros demandantes a todos los perjudicados su intención de iniciar el proceso, lo que se hará comunicándoles «previamente su propósito de presentación de la demanda» (artículo 15.2 LEC). El precepto exige, en primer lugar, que esta comunicación se realice a todos los perjudicados, cosa que en la práctica debe cumplirse en todos los casos y ser controlado su cumplimiento por el tribunal, aun cuando la totalidad de perjudicados pueda abarcar a un número elevado de personas, no obstante su carácter determinable. Según la regulación de la capacidad para ser parte del grupo de perjudicados, el sentido de la norma descansa en que la comunicación llegue a todos, incluso haciendo uso de la diligencia preliminar del artículo 256.1.6º LEC¹⁰. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que el propio legislador establece la acumulación de oficio de los procesos «incoados para la protección de los derechos e intereses difusos o colectivos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de esos procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta Ley» (artículo 76.2, 1º LEC¹¹). Obsérvese además que el artículo 78.4 LEC¹² contiene una previsión según la cual, en los procesos incoados para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, se procederá a acordar la acumulación en supuestos para los que, como regla general, el propio artículo 78 LEC declara la improcedencia de tal acumulación.

Según señala el artículo 15.2 LEC lo que el demandante comunica no es la demanda, sino el propósito de presentarla. De lo que se trata, en definitiva, es de

10. Artículo 256.1.6º LEC

Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

11. Artículo 76.2.1 LEC

Asimismo, procederá la acumulación en los siguientes casos:

Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1.º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta ley.

12. Artículo 78.4 LEC

Lo dispuesto en los apartados anteriores [improcedencia de la acumulación de procesos] no será de aplicación a los procesos a los que se refiere el número 2.1.º del artículo 76.

notificarles la intención de demandar y el objeto de la pretensión. El gasto de esta comunicación, que puede llegar a ser estimable según el número de perjudicados, no se reputa costas procesales por el artículo 241 LEC. Por otro lado, cabe preguntarse si esta comunicación no es redundante y superflua, puesto que el artículo 15.1 LEC exige que, también para este caso de derechos e intereses colectivos, tenga que publicarse la admisión de la demanda. Como demuestra el efecto directo de esta comunicación a «todos» los perjudicados de la presentación de la demanda, esto es, la efectiva posibilidad de intervenir en el proceso cualquiera de ellos, lo que podría ser redundante no es esta comunicación, sino el tener que cumplir también con la condición general de la publicación de la admisión de la demanda. En todo caso, el legislador ha sumado ambos tipos de notificación con el fin de garantizar al máximo el conocimiento del inicio del proceso por todos los perjudicados. Los perjudicados podrán «intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá(n) realizar los actos procesales que no hubieran precluido» (artículo 15.2 LEC). A los consumidores perjudicados por el hecho dañoso ya se les reconoce expresamente la legitimación para intervenir voluntariamente en el proceso iniciado en el artículo 13.1 ap. 2.º LEC, sin limitación según sea el momento de su intervención para poder realizar actos procesales precluidos. El artículo 15.2 LEC no es tanto una norma especial sobre intervención que limite los poderes procesales del interviniente reconocidos para los otros tipos de intervinientes voluntarios, cuanto una consecuencia de la notificación que se les hace.

Téngase en cuenta que la comunicación se realiza previamente a la presentación de la demanda y, aunque los consumidores podrán intervenir en cualquier momento del proceso según sea su voluntad, también podían haberlo hecho desde el inicio del proceso, y si no lo hacen no podrán luego ejercitar actos para los que ya ha precluido el momento del procedimiento para ejercitarlos. Habrá que entender que si el consumidor demuestra que no se le realizó la comunicación previa, no quedará afecto a esta limitación, y podrá, como cualquier otro interviniente voluntario, realizar los actos procesales correspondientes a momentos del procedimiento anteriores a su admisión en el proceso (artículo 13.3. ap. 2.º LEC).

Respecto de los derechos e intereses difusos, es de aplicación directa lo establecido en artículo 15.1 LEC en cuanto a la notificación «edictal» o *adcitatio* a la que nos hemos referido. El efecto de la notificación, por la propia naturaleza de estos derechos e intereses, hace que los perjudicados no sean determinables o que no lo sean fácilmente, y producirá la suspensión del proceso por un plazo máximo de dos meses. El plazo mínimo no lo determina el precepto, pero sí indica al letrado de la administración de justicia los factores a tener en cuenta para su duración en cada caso concreto: «atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localiza-

ción de los perjudicados». Lo que el artículo quiere decir, puesto que para la propia LEC los derechos e intereses difusos son por naturaleza indeterminados o de difícil determinación, es que el letrado de la administración de justicia, para fijar la duración del plazo, atenderá a lo que objetivamente resulte del caso concreto para presumir la dificultad que encontrarán en la práctica los concretos perjudicados para conocer la publicación de la admisión de la demanda en que consiste la notificación. Esta misma indeterminación de los consumidores perjudicados lleva al legislador a disponer que el plazo que se les reconoce para intervenir en el proceso ya iniciado es el fijado por el letrado de la administración de justicia para la suspensión del proceso, pues éste concluye no «con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento», sino con el transcurso del plazo fijado para su intervención, reanudándose el proceso tras el transcurso de dicho plazo, hayan intervenido todos, algunos, o ninguno de los consumidores notificados del inicio del proceso. Los consumidores que no intervengan en ese plazo ya no podrán hacerlo posteriormente, y éste sí es un efecto especial de la notificación del proceso a los consumidores, y además restrictivo respecto del régimen general de intervención del artículo 13.3 LEC. Los consumidores no intervinientes podrán servirse del beneficio de la ejecución de la sentencia cuando ésta les sea favorable a sus intereses y condene a pagar una cantidad de dinero, a hacer, no hacer o a dar cosa distinta del dinero ex artículos 221¹³ y 519¹⁴ LEC.

13. Artículo 221 LEC

Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1.^a Si se hubiere pretendido una condena dineraria, 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.

2.^a 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.

3.^a Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

14. Artículo 519 LEC

Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados. Extensión de efectos de sentencias dictadas en procedimientos en los que se hayan ejercitado acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación.

1. Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecu-

En definitiva, el artículo 15 LEC regula una notificación a los consumidores o usuarios perjudicados por un hecho dañoso no demandantes en los procesos para la protección de sus derechos e intereses colectivos o difusos iniciados por las entidades o por los grupos con legitimación extraordinaria ex artículo 11 LEC. No se trata de una intervención *iussu iudicis* propia del proceso italiano, pues, a diferencia de ésta, es la propia LEC, y no el tribunal, la que grava con la carga de la notificación a los demandantes. El artículo 15 LEC es además una norma imperfecta, al no señalar ningún efecto por el incumplimiento de tal carga por los demandantes. Puede entenderse, sin embargo, que el órgano judicial no debe admitir una demanda en estos casos si la parte demandante no ha realizado notificación alguna cuando de intereses colectivos se trata o no acredita que se trata de intereses difusos. Si se cumplen estas condiciones y

ción, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el 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. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.

2. Sin perjuicio de que se pueda optar por acudir a un procedimiento declarativo, en el caso de las demandas referidas en el artículo 250.1.14.º, los efectos de una sentencia que reconozca una situación jurídica individualizada y que, de haberse dictado en primera instancia, hubiera adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial, podrán extenderse a otras cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que se trate del mismo demandado, o quien le sucediera en su posición.
- c) Que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante.
- d) Que las condiciones generales de contratación tengan identidad sustancial con las conocidas en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender.
- e) Que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de la pretensión.

En estos casos, la solicitud se planteará por medio de escrito en el que se indicará el número de procedimiento en el que se hubiera dictado la sentencia cuyos efectos se pretende extender, la concreta pretensión que podrá ser de anulación, de cantidad o ambas, la identidad de la situación jurídica y un número de cuenta bancaria en la que, eventualmente, puedan realizarse ingresos, acompañando en su caso la documentación en que funde su petición. Esta solicitud deberá formularse en el plazo máximo de un año desde la firmeza de la sentencia cuyos efectos se pretende extender.

3. De la solicitud y sus documentos se dará traslado por diez días a la parte condenada en el procedimiento previo en el que se hubiera dictado la sentencia cuya extensión de efectos se pretende, que podrá allanarse u oponerse. A dicho escrito deberá acompañar la documentación en que funde su oposición o identificarla si ya obrara en autos. Si no se respondiere en plazo, se entenderá que muestra conformidad con la solicitud.

4. Sin más trámite, en los cinco días siguientes se dictará auto accediendo en todo o en parte a la solicitud de extensión de efectos, fijándose, en su caso, la cantidad debida, o rechazándola, sin que se pueda reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate. Si el auto accede total o parcialmente y hubiera habido oposición, se estará a la regulación sobre imposición de costas procesales prevista en el artículo 394. Si se rechaza la solicitud de extensión de efectos no se hará pronunciamiento condenatorio sobre las costas, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo que proceda.

5. El auto que resuelva extender efectos en todo o en parte, o que deniegue la extensión, será susceptible de recurso de apelación, el cual será de tramitación preferente.

6. Si en el término previsto en el artículo 548 no se cumpliera voluntariamente realizando el ingreso en la cuenta designada por el solicitante, la parte interesada podrá instar la ejecución del auto que acuerde la extensión de efectos, para lo que servirá de título ejecutivo el testimonio del auto que acuerde la extensión de efectos.

sus respectivos requisitos podrá, en la práctica, presentarse el caso en que, aun con las prevenciones que se adopten en cumplimiento del artículo 15 LEC, algún consumidor no intervenga en el proceso por no llegar a conocer su existencia. En estos casos el propio legislador es consciente de que no se deben aplicar soluciones dogmáticas y, aparte del expediente de utilizar el beneficio de los artículos 221 y 519 LEC para servirse este consumidor de la condena que le sea favorable, le reconoce la posibilidad de dar vida a un proceso independiente para que luego, incluso de oficio, se proceda a la acumulación ex artículo 76.2.1º LEC.

El último párrafo del artículo 15 LEC, en el cual se excluye la aplicación del régimen de publicidad expuesto a las pretensiones que tengan por objeto acciones de cesación, fue introducido en la LEC mediante la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 98/27¹⁵ realizada por la Ley 39/2002¹⁶. Con dicha ley el legislador español reforma la LEC, en relación con las acciones de cesación, primero, señalando que el juicio verbal será el procedimiento adecuado para la tutela de dichas acciones (artículo 250.1.12.º LEC¹⁷), y, además, disponiendo que respecto a las acciones de cesación se exceptúa la aplicación del artículo 15 LEC. La razón para ambas previsiones legales es la misma: «con el fin de garantizar la rapidez de los procedimientos judiciales en los que se ejerciten dichas acciones, éstos se tramitarán por el juicio verbal. Persiguiendo el mismo propósito enunciado en el párrafo anterior, se exceptúa a los procesos en los que se ejercite una acción de cesación de la obligación que existe de efectuar llamamientos a los perjudicados individuales que pudieran haber en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de derechos e intereses de los mismos» (Exposición de Motivos de la Ley 39/2002). Nuestro legislador cumple con ello el fin perseguido por la citada Directiva 98/27 de contar en las legislaciones nacionales con procesos ágiles y sencillos para la tutela de los intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones de cesación. Un problema, sin embargo, puede presentarse cuando se quiera acumular a una acción de cesación el ejercicio de una pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y se determine que sea el juicio ordinario el proceso adecuado. El artículo 12.2

15. Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores

16. Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

17. Artículo 250.1.12º LEC

Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

LCGC¹⁸, según redacción de la disposición final 6.^a LEC, admite dicha acumulación: «a la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones». Cabe preguntarse, si en estos casos de acumulación de ambos tipos de pretensiones, debe aplicarse de nuevo el régimen general de publicidad y llamamiento al proceso ex artículo 15 LEC. Primero habrá que determinar si es posible dicha acumulación, dada la diversidad de tipos de procesos que regula la LEC para ambos tipos de pretensiones, cuando la pretensión de resarcimiento supere la cuantía para la cual sea el juicio verbal el proceso adecuado (15.000 €). El artículo 73 LEC parece admitir dicha acumulación, pues si bien su apartado primero, número 2.º, excluye la acumulación de pretensiones cuando su tramitación, por razón de la materia, se sustancie por procedimientos de distinto tipo, el apartado segundo del mismo precepto admite la acumulación «cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados», como sucede con el artículo 12.2 LCGC. En este caso de acumulación de pretensiones, siendo el tipo de proceso el juicio ordinario, entendemos que tendrá que volver a aplicarse el régimen general de publicidad y llamamiento al proceso de los consumidores afectados por el daño cuando al proceso en el que se ejercita la acción de cesación, como acción principal, se acumulen pretensiones indemnizatorias o de resarcimiento que hayan podido sufrir consumidores determinados o indeterminados, según el contenido del artículo 15 LEC. Tema distinto es si esta solución, tanto de la posible acumulación de este tipo de pretensiones, como de aplicación del artículo 15 LEC, sólo cabe cuando la acción principal sea una acción de cesación relativa a una condición general de la contratación, o si, por el contrario, cabe para todo tipo de acciones de cesación. Al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.^a, de 22 de enero de 2004, defiende que «la posibilidad de acumular a la acción de cesación acciones de resarcimiento se encuentra expresamente prevista en la LCGC, que las configura como accesorias, previsión que sin embargo no contiene ninguna de las otras leyes en las que es introducida por la Ley 39/2002. Ahora bien, las acciones resarcitorias que se contemplan en los apartados 2 y 3 del artículo 11 [LEC] no se seguirán necesariamente por el juicio verbal, sino por el que corresponda según su cuantía y por el juicio ordinario siempre que versen sobre condiciones generales de la contratación. La acumulación de estas acciones en un mismo proceso es por tanto discutible puesto que el artículo 73 de la LEC prohíbe la acumula-

18. Artículo 12.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación

La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

ción de acciones cuando deban ventilarse por razón de su materia en juicios de diferente tipo. No obstante cabría admitir tal posibilidad por aplicación analógica a todas las acciones de cesación de lo dispuesto en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, dado que el citado artículo 73 permite la acumulación sin restricciones cuando así lo dispongan las leyes para casos determinados. Pero en cualquier caso, en estos supuestos, de admitirse la acumulación, el procedimiento a seguir de entre los que correspondan a las acciones ejercitadas ya no será el verbal al no ser aplicable lo que establece la LEC para el caso de que única y exclusivamente se ejercite una simple acción de cesación. Por el contrario, ..., el procedimiento será el que corresponda con arreglo a las reglas generales que al respecto establece la LEC...» La misma sentencia entiende que «si lo que se plantea es una acción resarcitoria colectiva, exclusivamente o en unión con una acción de cesación, la publicidad prescrita en el artículo 15 constituye una garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados sin la cual no es posible dictar una resolución que les afecte...».

El artículo 15.1 apartado 2.º LEC, introducido por la Disposición final primera de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios¹⁹, amplía los sujetos o entidades a los que han de notificarse el inicio del proceso.

Esta norma hay que ponerla en relación con el reconocimiento de la legitimación del Ministerio Fiscal para participar en cualquier proceso que tenga por objeto la tutela de intereses colectivos o difusos de consumidores o usuarios, según el número 5 del artículo 11 LEC, añadido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la LGDCU²⁰. Esta norma, posterior en el tiempo a la que nos ocupa, toma ahora toda su importancia. Si ahora el Ministerio Fiscal está legitimado para iniciar un proceso en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, también lo estará para intervenir en cualquiera de estos procesos colectivos ex artículo 13 LEC. Para garantizar su participación en un proceso iniciado por una asociación de consumidores o usuarios o por un grupo de afectados, el órgano jurisdiccional habrá de notificar la existencia de dicho proceso al Ministerio Fiscal.

19. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

20. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Del mismo modo, habrá que interpretar que cuando sea el Ministerio Fiscal el que inicie un proceso para la tutela de derechos o intereses colectivos o difusos de consumidores o usuarios, para lo cual está legitimado según el artículo 11.5 LEC, tendrá que actuar el órgano jurisdiccional del mismo modo que como hemos señalado para el caso de que sea la asociación o el grupo de afectados el que inicie el proceso, esto es, cumpliendo con las garantías que el artículo 15 regula y que hemos comentado en páginas anteriores.

El artículo 15.1.2.º LEC parece imponer la participación como parte del Ministerio Fiscal, pero es claro que no se trata de una imposición, en primer lugar, porque el propio precepto hace depender la intervención del Fiscal del hecho de que «el interés social» lo justifique, y, además, dado que será el Ministerio Fiscal el que «valore la posibilidad de su personación». Ahora bien, esa valoración que ha de realizar el Ministerio Fiscal de su participación en un proceso iniciado por una asociación de consumidores y usuarios, o por un grupo de afectados, tampoco debe interpretarse que es discrecional, como si de un particular se tratara. Deberá basar su decisión de intervenir en el proceso, una vez que es notificado de su existencia, en la concurrencia o no de un «interés social» en el objeto de dicho proceso. Es cierto que «interés social» no es equiparable, en el contexto de la norma que interpretamos, a interés público. Los procesos de tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios se rigen por el principio dispositivo, no de oficialidad, y, en consecuencia, al no encontrarnos ante procesos no dispositivos, la participación del Ministerio Fiscal no es imperativa (como es el caso de los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad ex artículo 749.1 LEC²¹). Pero sí se trata de procesos donde pueden verse afectados intereses sociales —los de los consumidores o usuarios—, y, por lo tanto amparados por los artículos 48 a 53 de la CE, y por el artículo 124 CE y 3.6 EOMF²², a la luz de los cuales ha de interpretarse el artículo 15.1.2.º LEC —también el artículo 11.5 LEC—, por todo lo cual «resulta evidente que la posición procesal de un consumidor o usuario aislado en un pleito seguido contra una gran empresa, aunque

21. Artículo 749.1 LEC

En los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación, será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor.

22. Artículo 54.1 c) Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: ... El Ministerio Fiscal.

teórica y formalmente sea equivalente a la de ésta última, no lo es en la práctica. La desigualdad y el desequilibrio de medios existente entre ambas partes, una de las cuales goza habitualmente de mayor poder económico, constituye otra de las razones justificativas de la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés social eventualmente comprometido» (Circular 2/2010 FGE).

El artículo 15.4 LEC exceptúa la aplicación de este régimen procesal de denuncia del proceso cuando la pretensión la constituya una acción de cesación. Al respecto la FGE, según su Circular 2/2010, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios, considera que «de la simple lectura del precepto en su estricta literalidad, podría pensarse que el Ministerio Fiscal no debe ser emplazado obligatoriamente en las acciones de cesación del número 4 del artículo 15. Sin embargo, esta última interpretación resulta contraria al que parece ser el ánimo que alentó la reforma, que sin duda pretendía otorgar mayor protagonismo al Ministerio Fiscal en la protección de los consumidores y usuarios, y resulta igualmente antitética con lo dispuesto en el artículo 54.1 c) del Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores²³ y el artículo 16.6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación²⁴, que permiten la personación del Ministerio Fiscal en las acciones de cesación ejercitadas por otros legitimados, razones por las cuales resulta razonable efectuar una interpretación armónica de los números 1 y 4 del artículo 15, con el resto de la normativa reguladora de las acciones de cesación en nuestro ordenamiento jurídico», y, así, «lo más ajustado al espíritu de la norma sería que se formalizara la comunicación al Ministerio Fiscal de todas las acciones de cesación en defensa de los consumidores y usuarios» (Circular 2/2010 FGE).

23. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

24. Legitimación activa del Ministerio fiscal para ejercitar Acciones de cesación, retractación y declarativa.

XVI | El *publicismo (SIC)* procesal civil como enfermedad mental

Juan Montero Aroca
Catedrático de derecho procesal

Mi buen amigo Manuel:

No estoy seguro del momento, pero creo que fue allá por marzo de 2010 cuando Franco Cipriani —un amigo de veinte años, ordinario en Bari (Italia)— me envió por correo electrónico un artículo escrito por ti sobre Chiovenda y José Casais y Santaló. Franco me pedía mi opinión sobre su publicación y se la di muy favorable y en escasas horas.

Sin perjuicio de lecturas anteriores fue con ocasión de leer ese artículo tuyo cuando me convencí de que, al fin, teníamos en España un historiador del Derecho Procesal. Esta afirmación mía se confirmó en 2012 cuando apareció el libro *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950)* (684 pp.) y todo quedó reafirmado cuando en 2022 apareció *Otras historias de procesalistas y del proceso* (535 pp.). Entre uno y otro libro —en total bastantes más de mil páginas— está la base de «nuestra historia». Lástima grande está siendo —aunque todo puede aún cambiar— que no nos hayas dejado un libro de conjunto sobre el Derecho Procesal en España, preferentemente sobre el Civil.

Dejo constancia aquí de que cuando, hace ya un tiempo, doné todos los libros jurídicos de mi biblioteca a la Universidad de Valencia —algo menos de cien cajas— tuve la precaución de retener los dos volúmenes tuyos que antes he citado. Dejé de escribir sobre Derecho hace ya casi una década y hace algo menos que dejé de leer páginas jurídicas, pero he mantenido cerca de mí los dos volúmenes antes citados y aún hoy me distraigo y me deleito leyendo alguno de los artículos en ellos incluidos.

A ti, nuestro historiador del Derecho Procesal, voy a hacerte en particular un reto en estas líneas, un reto que desarrollé en general en 2013, en el texto del

discurso de investidura como doctor *honoris causa* de la Universidad Jaime I de Castelló, y que luego publiqué en un pequeño libro titulado *La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, librito que ha tenido escasa difusión. El reto consta de estos epígrafes.

Parte primera

Las concepciones del proceso civil

1. Los principios del proceso civil en el siglo XIX
 - A) Sobre el objeto del proceso: oportunidad y dispositivo
 - B) Sobre el proceso mismo: aportación e impulso
2. Los cambios propios del siglo XX
 - A) La asunción de la dirección formal del proceso por el juez
 - B) Los principios esenciales: Dispositivo y de aportación de parte
 - C) Prueba y verdad
3. La opción publicista en el siglo XX: *Publicismo* (sic) y autoritarismo
 - A) La verdad objetiva
 - B) La dignidad del Estado

Parte segunda

De la aplicación del Derecho penal a la garantía del proceso frente al poder

4. La aplicación no procesal del Derecho penal en el siglo XIX
 - A) Los llamados sistemas inquisitivo y acusatorio
 - B) Los sistemas de aplicación del Derecho penal
5. La imprecisión conceptual de «lo acusatorio»
6. Lo acusatorio y la conformación del juez
7. Y, al final, imparcialidad judicial

Parte tercera

La percepción alterada de la realidad

8. Entre el dinero (civil) y la libertad (penal)

Parte Primera

Las concepciones del proceso civil

1. Los principios del proceso civil en el siglo XIX

La concepción procesalmente liberal, propia del siglo XIX, se basaba en dos afirmaciones: 1ª) la función de los jueces era la de ser garantía última de los derechos de los ciudadanos y 2ª) esa función debía realizarse necesariamente por medio del proceso, en el que debía quedar asegurado el respeto al principio de contradicción y al derecho de defensa. Se trataba, en conjunto, de garantizar con plenitud los derechos subjetivos de los ciudadanos, de modo que la jurisdicción, y el medio del proceso, estaban al servicio de los derechos de las personas. En el siglo XIX nunca se consideró que la función de los jueces civiles fuera asegurar la observancia del derecho objetivo, esto es, la salvaguarda del interés público.

Partiendo de que la función de los titulares de la jurisdicción era la tutela de los derechos de los ciudadanos, que se confiaba a un juez neutral (ahora decimos imparcial), el paso siguiente consistía en afirmar la naturaleza privada y, por tanto, disponible de esos derechos, los cuales eran en sentido estricto derechos subjetivos privados, y una y otra premisa llevaban a la consecuencia de que las partes tenían que ser las «dueñas del proceso» y ello en un doble sentido.

A) *Sobre el objeto del proceso: oportunidad y dispositivo*

La concepción liberal de la política y, especialmente, de la economía, con la libertad de empresa en un mercado libre y con el derecho de propiedad, suponía que el proceso civil se asentaba en el que puede llamarse principio de oportunidad, por cuanto que lo determinante de la iniciación del proceso era la voluntad del particular, el cual decidía, atendiendo a razones de oportunidad, acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado (Juez) de su derecho subjetivo. No se hablaba en este aspecto de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues éstas tenían todas las facultades careciendo el juez de ellas. Estamos ante el brocardo *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso.

Desde aquí se llegaba a la consecuencia del principio dispositivo en su sentido estricto. Esto es, además de que únicamente las partes podían iniciar el proceso, el principio significaba que: 1) Sólo el actor podía determinar el objeto del mismo, es decir, sólo él determinaba el ámbito de su pretensión, y con referencia tanto a lo que pide como a la causa de pedir, y 2) Sólo el demandado podía ampliar el objeto (no del proceso,) pero sí del debate, es decir, a él incumbía de modo exclusivo el ámbito de la resistencia, en atención a las causas de oposición a la pretensión. El juez no podía influir ni en la pretensión ni en la resistencia.

B) Sobre el proceso mismo: aportación e impulso

El ser las partes las dueñas del proceso no se refería sólo a lo debatido en él, pues comprendía también al proceso mismo:

- a) La concepción liberal del proceso llevaba a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo de ese proceso. Se trataba de algo matizadamente diferente de lo anterior y con un fundamento que no guarda relación directa con la concepción liberal de la economía y de los derechos subjetivos privados, pues aquí se atendía a las facultades cuyo ejercicio podía llegar a determinar el contenido de la sentencia y de las que debía quedar excluido el juez. Este era el sentido del brocardo que fue formándose de modo escalonado hasta llegar a decir *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*.

La finalidad perseguida era conseguir un juez tercero (no parte) e imparcial (ajeno al conflicto) como garantía para las partes de que se iba a realizar un verdadero proceso; esto es, un sistema de solución de las controversias basado en la existencia de dos partes parciales y de un tercero imparcial. Ésta era la consideración que llevaba a que el juez quedara apartado de todo aquello que podía llegar a tener alguna influencia en el contenido de la sentencia, de modo que:

- 1.º) El juez no podía aportar hechos al proceso (*iudex debet iudicare secundum allegata, non secundum conscientiam*).
 - 2.º) El juez no podía practicar pruebas a iniciativa propia (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*).
- b) Una vez iniciado el proceso, determinado su objeto por el actor y aclarado que eran las partes las únicas que aportaban los hechos y tenían la iniciativa probatoria, la desconfianza de la concepción liberal en el Estado y en la actuación de sus órganos, incluidos los jurisdiccionales, determinaba cómo se realizaba ese proceso, quién lo dirigía.
Esa desconfianza llevaba, aquí sí, a un reparto de las facultades entre el juez y las partes en el proceso civil, pero reparto en el que se privilegiaba a las partes sobre el juez, hasta el extremo de que éste no era quien podía poner de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, siendo necesaria la oposición de la correspondiente excepción por el demandado, ni quién podía hacer avanzar de oficio el procedimiento por sus fases, siendo también necesaria la petición concreta de una de las partes.

2. Los cambios propios del siglo XX

Frente a todo el sistema anterior ya en el siglo XX se van a producir algunos cambios, pero se va a mantener lo esencial.

A) *La asunción de la dirección formal del proceso por el juez*

La concepción plena anterior, propia del liberalismo del siglo XIX, no pudo mantenerse en el siglo XX. Y de ahí que se atribuyera al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles en quien dirige el proceso, aclarando que esa dirección se refiere a las facultades procesales, tanto en lo atinente al control de la falta de los presupuestos procesales (de los que depende, no la existencia del proceso, pero sí la validez del mismo), como en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia.

Esta idea está hoy asumida y se comparte plenamente que: 1) el juez controle los presupuestos procesales, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto y 2) que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma.

B) *Los principios esenciales: dispositivo y de aportación de parte*

El sistema garantista del proceso civil encuentra su apoyo ideológico en una concepción de la sociedad basada en la libertad de los ciudadanos y en una concepción del Estado que sólo se justifica en su misma existencia en tanto que medio para asegurar esa libertad. Desde ese punto de partida, el paso siguiente radica en constatar que en el proceso civil el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad.

El titular de ese interés es el individuo, no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción entre derecho público y derecho privado es fundamental y también que el proceso civil se convierte en el instrumento destinado a que los órganos jurisdiccionales garanticen la satisfacción de derechos e intereses privados.

De este modo al tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante tanto del nacimiento del proceso como de su contenido y de su extinción. Lo que posibilita la iniciación del mismo es la voluntad del

individuo, el cual, atendiendo a razones de oportunidad, acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses.

La Constitución española se asienta en una concepción que reconoce a los particulares la disposición de sus intereses, su autonomía de la voluntad, su libertad para decidir tanto que relaciones jurídicas materiales contraen como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que tienen, y de ahí se deriva el principio de oportunidad. Este principio es el determinante de toda la regulación posterior del proceso civil, aunque no venga previsto de modo expreso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual se refiere a los principios que se derivan del mismo.

Partiendo del principio de oportunidad aparecen otros dos que, si han venido tradicionalmente confundiéndose, deben hoy presentarse de modo separado:

- 1º) Principio dispositivo: Presupone condicionar la tutela judicial, y con ella la misma existencia del proceso, a la petición del interesado, porque deducir un derecho en vía judicial es una de las maneras posibles de disponer del mismo. Así enunciado el principio dispositivo informa plenamente la LEC, como se desprende de los artículos 19 a 22, y debe informar todos los procesos civiles en los que se parta de la existencia de relaciones materiales privadas de las que nazcan derechos subjetivos y obligaciones. No pueden existir verdaderos derechos subjetivos privados si luego el proceso no se conforma según el principio dispositivo.
- 2º) Principio de aportación de parte: Se corresponde con la esencia de la oportunidad y del principio dispositivo la consecuencia de que sobre las partes recae tanto la carga de aportar los hechos al proceso, todos los hechos, como la carga de la prueba de los hechos.

Esta concepción es la que está en la base del artículo 216 de la LEC cuando dice que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de los hechos, pruebas y pretensiones (*rectius*, peticiones) de las partes y con ello ha evitado los riesgos propios de la llamada *publicización* del proceso civil (por lo menos de modo general).

C) Prueba y verdad

La prueba tiene que suponer un intento decidido de verificar, de la manera más próxima posible a la verdad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes. Esto es algo obvio y no se discute. No puede lograrse una sentencia que garantice con efectividad los derechos de las personas si en el proceso no se ha efectuado un esfuerzo decidido para lograr el conocimiento de cómo sucedie-

ron los hechos a los que deben aplicarse las normas materiales. Esto es algo tan evidente que no es preciso insistir en ello.

Ahora bien, ese esfuerzo no puede realizarse de cualquier manera; tiene que realizarse dentro del proceso y con sujeción a los principios del mismo, especialmente el de contradicción. La contradicción e igualdad de las partes es el método más adecuado para verificar la verdad de las afirmaciones de hecho cuando se trata de derechos subjetivos disponibles. Después de siglos de experiencia los diversos ordenamientos jurídicos concluyeron que la mejor manera posible para llegar al conocimiento de los hechos es la contradicción entre dos partes en situación de igualdad.

Además, se debía partir de que el proceso respondía a toda una serie de principios y reglas en su conformación que era y son tan importantes (ni más ni menos) como la búsqueda de la verdad a la hora de conformar los hechos propios de la sentencia. De este modo la condición de tercero imparcial del juez, el principio de contradicción, el derecho de defensa, el principio de igualdad de las partes, por ejemplo, no son menos importantes que la determinación de los hechos en el proceso.

La función de la prueba no puede por tanto suscitarse en el vacío de lo abstracto, sino que debe incardinarse necesariamente en los ordenamientos jurídicos en concreto y ello supone que debe adecuarse a los principios y reglas que conforman el proceso. De este modo y sólo como ejemplo:

- 1) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de hechos.
- 2) Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia.
- 3) Respecto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora.

En sentido estricto la investigación implica ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos y, evidentemente, éste no es el supuesto del proceso civil; en él las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones y, además, sólo en el caso de que hayan sido negadas o contradichas.

Lo anterior debe entenderse en el sentido de que la búsqueda de la verdad a cualquier precio no es la finalidad última de la prueba civil. Si la prueba debe referirse sólo a los hechos afirmados por las partes que resulten controvertidos, si los medios de prueba a practicar son los propuestos por las partes, si esos medios de prueba han de practicarse según la norma reguladora de los

mismos, si se trata de verificar y no de investigar y si en la verificación no todo vale (prueba ilícita), lo que al final se está diciendo es que la prueba tiene que coexistir con otros principios del proceso.

De este modo se acabó por configurar un sistema procesal civil que, en síntesis, podía decirse que respondía a dos sencillos postulados: 1) Juez tercero e imparcial, que juzga de un conflicto de otros y cuya función es la tutela de los derechos de las personas, y 2) Dos partes parciales, en situación de contradicción e igualdad que luchan por lo que creen que es suyo con todos los medios que la ley les ofrece y no de otra manera.

3. La opción publicista en el siglo XX: Publicismo (sic) y autoritarismo

Junto a la opción anterior, que debe denominarse garantista, en el siglo XX se ha desarrollado otra, de signo contrario, a la que sus partidarios llaman publicista (sic) y que para nosotros se debería denominar más propiamente autoritaria y, a veces, en alguna de sus versiones, totalitaria. Convendría examinar despacio los pasos que se han ido dando en dos variantes de proceso, pero que han acabado convergiendo en lo que se está llamando *publicismo* (sic)

A) La búsqueda de la verdad objetiva

Un postulado marxista-leninista (el de la «cognoscibilidad») llevó al principio de la llamada verdad objetiva o material, por el que se impuso a los tribunales el deber de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer del modo más completo posible las circunstancias reales del asunto. El principio respondía claramente al interés del Estado en la realización del Derecho objetivo y, desde luego, no atendía a la tutela de los derechos subjetivos de las personas, pues lo importante era hacer efectivo el Derecho tal y como había sido definido por el Estado, siendo todo lo demás accesorio.

Desde este principio de la búsqueda de la verdad material u objetiva se comprenden las facultades del juez, primero, respecto de la aportación de hechos y, luego, en materia probatoria. Si el Estado, y en este caso el juez como órgano o representante del Estado, tenía que conocer la verdad «verdadera» existente en las relaciones jurídicas entre los particulares, pues por medio del proceso no se trataba tanto de tutelar esos intereses particulares cuanto de hacer efectivo el derecho objetivo proclamado en la ley, las consecuencias tenían que ser: 1) el tribunal en su decisión no estaba limitado por el material fáctico proporcionado por las partes, pues en el logro del conocimiento de los hechos estaba interesado el tribunal que representaba a la sociedad so-

viética, y 2) el tribunal no debía conformarse con los medios de prueba propuestos por las partes.

El principio de la verdad objetiva llevaba a la consecuencia de que el juez podía o, mejor, debía, adoptar todas las medidas tendentes al esclarecimiento total de las circunstancias del asunto, incluido naturalmente acordar medios de prueba de oficio. No se trataba de una facultad, se trataba de un deber, y la finalidad no era propiamente la tutela de los derechos del particular (los cuales en esta concepción tenían importancia secundaria, si es que puede decirse que existían), sino la defensa del derecho objetivo, el cual debía aplicarse siempre que se estuviera ante un supuesto de hecho de los previstos en general en la norma. Naturalmente en este contexto el juez no era un tercero entre las partes y tampoco podía considerarse imparcial.

B) La dignidad del Estado

Para Franz Klein y su Ordenanza Procesal Civil, aprobada en 1895 y entrada en vigor el 1 de enero 1898, el proceso se había convertido en un fenómeno social de masas o en una de las instituciones sociales del Estado; el proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible. Para Klein el proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego los intereses individuales, pero también y especialmente los sociales. Por todo ello uno de los elementos definidores de ese proceso es el refuerzo de los poderes del juez, el cual no puede seguir siendo un mero contemplador de la contienda, puesto que debe proteger no sólo al individuo, sino también al Ordenamiento jurídico al servicio de la comunidad, lo que incluye el acordar pruebas de oficio.

El juez no se limita a juzgar; es el gestor (administrador) del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad. Y no cualesquiera sino los propios de un Imperio que trataba de reprimir todos los movimientos secesionistas que iban desde Hungría hasta Trieste.

Cuando en Italia se quiso hacer un nuevo Código el modelo a imitar fue el de Klein, al que se convirtió en el gran legislador procesal. Desde esa ansia de imitación y desde la propia ideología fascista, se explica la concepción del proceso civil propia del fascismo italiano, concepción que se expresa en la *Relazione* (Exposición de Motivos) del Código procesal civil de 1940, obra de Calamandrei que firma Dino Grandi, el ministro de Justicia. Sin grandes profundidades en esa Exposición se encuentra:

- 1º) El nuevo Código se basaba en un condicionamiento político; si el Código anterior, el de 1865, era expresión de los intereses individuales que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quería ser expresión del Estado fascista. Para éste el proceso civil no es sólo la lucha entre intereses privados, es también instrumento para asegurar que las normas dictadas por ese Estado son cumplidas («2. Los factores históricos de la reforma»).
- 2º) Uno de los puntos fundamentales del Código de 1940 fue el aumento de los poderes del juez («8. El juez y la ley»), que se calificó de «directiva fundamental de la reforma», pero ello debe entenderse dentro del «renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos» («12. Refuerzo de los poderes del juez para la dirección del proceso»).

Desde esas consideraciones luego el Código dedicó un Título (el V del Libro I) a «De los poderes del juez» y, sobre todo en materia de prueba se le atribuyeron poderes de oficio que es no es necesario detallar aquí.

La idea fascista que está en la base de todo es la primacía de la autoridad y de la dignidad del Estado que está por encima de cualesquiera consideraciones de las personas. El juez es el Estado actuando en el proceso y queda revestido de toda la autoridad y dignidad propia de ese Estado. Su función es garantizar que las leyes fascistas son observadas en la práctica.

A estas alturas de las concepciones dichas es obvio que las mismas no son simplemente cuestiones técnicas, como se ha pretendido últimamente. Son concepciones políticas. Por ejemplo, el aumento de las facultades del juez en materia probatoria es, sin duda, algo político, con fuerte componente ideológico.

Parte segunda

De la aplicación del Derecho penal al proceso como garantía frente al poder

4. La aplicación no procesal del Derecho penal en el siglo XIX

Una de las constantes de ayer y de hoy de la doctrina procesal penal es la referencia a la existencia de dos tipos de proceso penal; uno llamado inquisitivo y otro calificado de acusatorio. Esta distinción se basa en un grave error y aclararlo tiene que ser el primer paso para entender la evolución del proceso penal en algo más de un siglo, desde finales del siglo XIX hasta hoy. Esta evolución parte de un sistema no procesal en la aplicación de las penas, en el que lo im-

portante era aplicar el Derecho penal, sin más, y ha llegado a conformar un verdadero proceso, un proceso penal en el que lo esencial es ser garantía de los derechos de las personas ante la aplicación del Derecho penal por el Estado y aún por los jueces.

A) *Los llamados sistemas inquisitivo y acusatorio*

Es todavía común sostener que teóricamente existen dos sistemas conforme a los cuales puede configurarse el proceso penal: Uno acusatorio (el sumun de todas las bondades) y otro inquisitivo (al que se imputan todos los males). Esta distinción se basa en un error evidente, pero es el caso que sigue siendo necesario reafirmar una y otra vez, y sin desfallecer ante la ignorancia, que ello es radicalmente falso, pues no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio. La repetición una y otra vez de un error, aunque sea más de mil veces, no acaba convirtiendo ese error en algo verdadero, ni política ni jurídicamente.

Entender el error requiere atender a los caracteres de esos pretendidos sistemas procesales, según una doctrina que los repite sin el menor sentido crítico. Los caracteres son muchos, pero bastará con centrarnos en los siguientes como más destacados:

- 1.º) En el sistema acusatorio la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes.
- 2.º) Mientras que en el acusatorio la acción penal es popular y su existencia es indispensable para la realización del proceso, en el inquisitivo no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo los dos papeles.
- 3.º) Las partes en el sistema acusatorio, siendo necesariamente dos, actúan en contradicción e igualdad, mientras que, en el inquisitivo, por un lado, puede no haber parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino el objeto de éste.
- 4.º) Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda, en el inquisitivo los poderes del juez son muy amplios.
- 5.º) En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado en tanto dura el proceso, mientras que en el inquisitivo lo normal es que el sujeto imputado se encuentre en prisión provisional o preventiva.
- 6.º) Con relación a las pruebas, éstas en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez; en el sistema inquisitivo se dan los carac-

teres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba.

- 7.º) El procedimiento del proceso acusatorio es oral, concentrado y público, mientras que el procedimiento del inquisitivo suele escrito, disperso y secreto.
- 8.º) Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que la sentencia es inimpugnable, mientras que en el inquisitivo se admite recurso contra la sentencia y se dice que consta de dos instancias.

Si se examinan con detalle algunas de estas características creemos que aparecerá evidente que las mismas responden a varios principios o reglas autónomas determinantes de aspectos parciales del proceso y del procedimiento que, por sí solos esos aspectos, no dicen nada respecto de uno u otro pretendido sistema, en cuanto los mismos no son esenciales. Nada dice, por ejemplo, sobre el sistema de actuación del Derecho penal que se haga con un procedimiento escrito o con otro oral.

B) Los sistemas de aplicación del Derecho penal

Existen teóricamente, sí, dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es no procesal, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro sí es procesal, esto es, en el que el único medio para aplicar ese Derecho es el proceso, aunque entonces lo importante es la garantía de los derechos de las personas. Además de teóricamente esos dos sistemas se han dado en la realidad histórica, en la que hasta bien entrado el siglo XIX se aplicaba el Derecho penal de modo no procesal, aunque sus aplicadores se llamaran «tribunal» o «juzgado» y en la puerta de los edificios donde radicaban se colocara el rótulo de «Palacio de Justicia».

El denominado «proceso inquisitivo» nunca fue y, obviamente, no podría ser hoy, un verdadero proceso. Si éste se caracteriza de modo esencial porque ante un tercero, independiente e imparcial, comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, para que aquél tutele los derechos de las personas y para que lo haga conforme al derecho vigente, algunos de los caracteres que suelen indicarse como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Evidentemente no hay proceso si el acusador es al mismo tiempo el juez, pero tampoco hay realmente proceso si el juez asume todos los poderes materiales en la dirección de la actividad pudiendo, por ejemplo, tanto alegar hechos como seguidamente probarlos, pues entonces asume, además, el papel propio de las partes.

El llamado «proceso acusatorio» sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez tercero, independiente e imparcial y dos partes en-

frentadas entre sí en pie de igualdad y con plena contradicción. Advuértase, sin embargo, que no todos los caracteres que suelen incluirse como propios de ese pretendido proceso acusatorio son necesarios para que exista un verdadero proceso, pues algunos de estos caracteres podrían modificarse, sin que ello impidiera la subsistencia del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la esencia del proceso el que el juez sea profesional o popular, pero sí afecta a esa esencia que el juez sea efectivamente tercero, independiente e imparcial o el que el acusado disponga de todos los derechos propios de la contradicción y que las partes estén en igualdad de condiciones.

Así las cosas, creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales son conceptos carentes de todo rigor técnico procesal, por lo que es necesario dejar muy claro que en determinadas épocas históricas el Derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los tribunales y que en otras épocas lo aplicaron los tribunales, sí, pero no por medio del proceso. Después hay que proclamar como conquista irrenunciable de la civilización la garantía jurisdiccional, entendida en su sentido originario, esto es, asunción del monopolio del *ius puniendi* (derecho de castigar) por los tribunales, pero limitación procesal de su ejercicio, de modo que el proceso pasó a ser la garantía de las personas ante o frente a la aplicación del Derecho penal y frente a los titulares de ese *ius puniendi*.

Toda la confusión entre «proceso inquisitivo» y «proceso acusatorio» nace de la falta de precisión conceptual en torno a lo que es proceso, pues sólo desde esa imprecisión ha podido concluirse que un sistema de aplicación del Derecho penal tal y como se describe en las reglas básicas del inquisitivo pueda ser calificado de procesal. «Proceso inquisitivo» es un oxímoron (en latín una *contradictio in terminis*, el uso de dos conceptos de significado opuesto en una sola expresión) mientras que «proceso acusatorio» es un pleonismo (una redundancia viciosa de palabras); el calificativo acusatorio no añade nada a la palabra proceso, por lo menos si ésta se entiende correctamente.

Una de las garantías constitucionales que ofrece el sistema jurídico de los países en los que puede hablarse de sociedad libre es la de que la pena sólo se aplica por los tribunales y precisamente por medio de un verdadero proceso. Esta garantía se alcanzó en la mayoría de los países europeos a finales del siglo XIX y desde entonces podía hablarse realmente de proceso penal como sistema para la aplicación del Derecho penal.

5. La imprecisión conceptual de «lo acusatorio»

La imprecisión sobre lo que es inquisitivo y acusatorio se completa con otra imprecisión más grave aún atinente a qué es lo acusatorio. Hoy se ha acabado

por no saber qué es lo que suele llamarse principio acusatorio, tanto que si lo primero a resaltar debería ser individualizar ese «principio» respecto de los demás principios propios del proceso penal, el resultado ha sido que un principio, el llamado acusatorio, lo cubre todo, todo lo que es propio del proceso penal, con la consecuencia de que si lo cubre realmente no cubre nada.

El paso del tiempo en las últimas décadas ha ido haciendo que la imprecisión conceptual no solo no disminuya, sino que aumente, de modo que cuando se oye o se lee sobre el «principio acusatorio» se acaba por advertir que no se está ya ante una cuestión terminológica, sino ante la imprecisión conceptual de quien está hablando o escribiendo, por lo que el oyente o el lector acaba por no saber cuál es el mensaje que se le quiere transmitir. La imprecisión abarca todos los ámbitos, pero es especialmente preocupante en la jurisprudencia.

a) Como ejemplo de imprecisión, y para no salir de España, pueden citarse muchas resoluciones, pero mi preferida ha venido siendo la STC 53/1987, de 7 de mayo, conforme a la cual: «El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de ‘contestación’ o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico de las partes y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, el ejercitar una actividad plena en el proceso».

Desde entonces el cúmulo de disparates se ha mantenido e incluso puede decirse que ha ido escalando mayores cotas. Hoy pueden citarse muchas otras resoluciones y más recientes. Por ejemplo se dice en la STS de 23 de enero de 2006, reafirmando lo dicho en la anterior STS de 24 de mayo de 2004: «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa».

Insisto en algo que dije hace tiempo, vistas las sentencias de los españoles tribunales Supremo y Constitucional: «En estas pocas líneas acabamos por no saber qué es un proceso, qué es un principio, cuándo un principio es procesal, qué significa lo acusatorio, en qué se diferencia del principio de contradicción y cómo se relacionan los principios con los derechos fundamentales».

b) Y si se acude a la doctrina la situación no mejora, pues cuando se leen las «cosas» que se escriben sobre dicho calificado de principio se acaba también por no saber de qué se está hablando. Sólo unos ejemplos. Pueden verse sesudas comunicaciones a congresos en las que se sostiene que el principio acusatorio exige que: 1) El imputado sea debidamente informado de la acusación, 2) Que entre el hecho objeto de la acusación y el que sirve de soporte a la condena penal haya homogeneidad, y 3) Que no se varíe la calificación jurídico-penal, salvo que se produzca a favor del acusado.

Y junto a ellas pontificadoras ponencias en las que se asegura que el principio acusatorio supone: 1) La acusación debe ejercitarla un órgano distinto al juez, 2) El proceso se divide en dos fases —investigación y decisión— y quien interviene en la primera no puede participar en la segunda, y 3) Vinculación del tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes.

Pero hay mucho más, tenemos incluso libros en cuyo título aparece lo de «principio acusatorio» y en uno de ellos se dice que los elementos esenciales, no del principio, sino del sistema acusatorio son la neutralidad del juez, la investigación a cargo del fiscal y la aportación de parte.

6. Lo acusatorio y la conformación del juez

Todo este desbarajuste lleva al escepticismo, al temor a utilizar palabras de las que no se está seguro de su significado, pues al querer abarcarlo todo con la palabra acusatorio puede ésta acabar por no tener un significado propio. Con todo pareciera como si en la actualidad se fuera abriendo paso la idea de que ese pretendido principio debe atender a la conformación del juez en el proceso, y en este sentido se sostiene que el principio supone: 1) Separación de funciones entre juez instructor y juez decisor, 2) Distinción entre juzgador y parte, es decir, no hay juicio oral sin acusación. Pero a todo esto se suelen unir otras características como: 3) Correlación entre acusación y sentencia, y 4) Prohibición de la *reformatio in peius* (de la reforma en peor que es algo propio de los recursos).

Ahora bien, una vez pudiera entenderse que el llamado principio acusatorio acaba referido a la conformación del juez, deberíamos recordar que los principios básicos de la conformación del juez en el proceso penal, en cualquier sistema en que se trate realmente de la aplicación de las penas por medio del proceso, no pueden ser distintos (por lo menos en lo que es común a todos los procesos) de esos mismos principios referidos al proceso civil. Entre los diversos procesos no pueden darse diferencias en esos principios, pues los mismos se refieren nada menos que a garantías esenciales de los ciudadanos ante el Poder Judicial.

Por ello la unidad jurisdiccional, la exclusividad, el juez legal o predeterminado, que son los principios políticos de la jurisdicción, y los principios de imparcialidad, independencia, inamovilidad y responsabilidad, que son los determinantes del estatuto personal de los jueces, se aplican a todos los jueces y no pueden guardar relación con clases o tipos de procesos. Los principios de la jurisdicción y los propios del juez son anteriores a la misma referencia a la noción de proceso; desde ellos no cabe admitir diferencias atendiendo a procesos concretos.

Por poner un ejemplo. Los principios del juez ordinario y del juez predeterminado por la ley, tanto en lo relativo a la conformación de los órganos a los que se dota de potestad jurisdiccional, como respecto de su consideración de derechos fundamentales de las personas, no pueden referirse a la actuación de un específico derecho material en el caso concreto, aunque sea cierto que cuando ese Derecho es el penal, los principios adquieren una relevancia especial dados los intereses que entran en juego, si bien lo mismo pueden vulnerarse esos derechos en un proceso penal que en otro civil.

En los últimos tiempos hemos asistido, respecto del proceso penal, a movimientos manifiestamente contradictorios, consecuencias de la incertidumbre conceptual en torno al modelo a seguir para regular ese proceso. De esos movimientos pueden destacarse dos:

- 1) Por un lado, e inicialmente, la mayor parte de los principios y reglas conformadoras del tribunal y del proceso penal pretendieron centrarse en el llamado principio acusatorio, habiendo adquirido éste tal fuerza expansiva que, a la postre, acabó por carecer de verdadero contenido específico, y así al querer significarlo todo ha acabado por no tener un significado preciso.
- 2) Después y, por otro lado, el fracaso de la anterior imprecisión ha llevado a querer referir el principio exclusivamente a la conformación del tribunal y de este modo se ha referido a garantías procesales que a veces no guardaban relación alguna con aquella conformación, pues partían de otra manifiesta imprecisión en torno al significado de las garantías propias de la conformación del tribunal.

7. Y, al final, imparcialidad judicial

Finalmente, y después de tanto tiempo perdido, de todos estos despropósitos, de falta de claridad conceptual, pareciera como si, al menos en España, el llamado principio se hubiera acabado por querer referirlo a la imparcialidad judi-

cial. Después, y sobre ésta, se debe distinguir desde lo más elemental a aquello que es algo más complejo

- a) Lo primero es destacar que la misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional, el juez, no puede ser al mismo tiempo parte en aquello que se somete a su decisión
Si el juez es al mismo tiempo el acusador o el defensor (o las tres cosas) no existe proceso. No inútilmente se decía ya por autores del proceso común, bien que *judicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitandis, judicis in medio cognoscentis* (Búlgaro), bien que *sicut in causa civili, exiguntur tres personae scilicet actoris et rei et judicis, ita criminalibus tres exiguntur scilicet accusantis, accusati et judicis* (Bernardo Dorna). Desde muy antiguo, pues, se ha entendido que el proceso es un drama que tiene necesariamente tres personajes.
- b) Después hay que aclarar que cada uno de los personajes del drama que es el proceso debe asumir su propio papel y limitarse al mismo, sin pretender hacer también el papel de los otros. Debe advertirse que algo tan elemental y propio de la noción de proceso como que éste sólo puede existir si el juez no asume funciones propias de las partes acusadoras (ni de la defensa, obviamente), pues esa asunción es contraria, no ya a la imparcialidad, como se asegura, sino a la propia esencia de lo que es el proceso. Como dice la STS de 11 de octubre de 2012 «la vigencia del principio acusatorio impone evitar que el tribunal, supliendo la omisión de alguna de las partes, pueda convertirse en acusador o defensor con el consiguiente menoscabo de su equidistancia, «porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal».
- c) Y, casi al final de todo, entender que la partícula *im* (o *in*) denota ausencia, privación o falta cuando precede a una palabra y por ello lo lógico es afrontar cualquier concepto desde lo positivo y no desde lo negativo. Por parcialidad debe entenderse el designio o, al menos, la prevención del juez de poner el ejercicio de su función al servicio o del interés de una de las partes o del interés del propio juez. En sentido negativo im-parcialidad es la ausencia de ese designio o de esa prevención. Se es im-parcial cuando, en cada uno de los asuntos en concreto que se deben juzgar, lo único que determina el juicio del juez es el cumplimiento de su función conforme a lo dispuesto constitucional y legalmente.
En ese final de todo en la jurisprudencia española es ya algo claro que el tribunal penal, si quiere mantenerse imparcial, no puede, después del interrogatorio realizado por las partes, interrogar ni a los imputados ni a los testigos «durante diez minutos formulándole sesenta preguntas de naturaleza claramente acusatoria» (STS de 3 de julio de 2012).

- d) Y algo muy importante. El proceso penal no es, ni debe ser, meramente un instrumento para la aplicación del Derecho penal, sino que debe concebirse como garantía de los ciudadanos ante o, incluso, frente la pretensión del Estado de ejercitar su *ius puniendi*. El proceso penal no debe ser una especie de continuación del Derecho penal por otros medios, sino que su función debe ser, cada día más, un límite, una garantía en la aplicación del Derecho penal. Por ello si el Derecho penal es represión, el proceso penal debe ser garantía de libertad.

Parte tercera

La percepción alterada de la realidad

8. Entre el dinero (civil) y la libertad (penal)

En la Universidades españolas, salvo unos pocos años a finales del siglo XIX en que se separaron las disciplinas y se encomendaron a dos catedráticos, el derecho procesal civil y el derecho procesal penal se han conformado como una única disciplina encomendada a un único catedrático. Se es catedrático de Derecho Procesal, sin otros calificativos, sin perjuicio de que con los años se produzca en las personas alguna especialización. Por el contrario, en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural las cosas han sido diferentes y en algunos la ruptura entre procesal civil y procesal penal ha sido completa hasta el extremo de que los profesores de procesal penal desconocen lo más elemental de la ciencia procesal civil y no han visto nunca un juicio civil.

Desde otro punto de vista la esquizofrenia significa etimológicamente dividir, escindir el entendimiento o la razón, y atendido el mismo pareciera que los especialistas de una u otra manifestación del fenómeno jurídico único que es el proceso tienen escindido el entendimiento, pues su centro de atención no es el conjunto del fenómeno procesal sino sólo una parte. Las cosas son aún más graves cuando se trata de los procesalistas sin calificativos, pues es incomprensible cómo los procesalistas sostienen que en el proceso civil el juez debe tener la facultad de acordar prueba de oficio y que en el proceso penal la imparcialidad judicial impide tener esa misma facultad.

Hay todavía algo que no es fácil de comprender. Es un hecho que en el proceso civil el conflicto que se produce entre las partes es esencialmente económico; de una u otra manera se trata de discutir sobre dinero. Por el contrario, es también un hecho que el bien que entra en juego en el proceso penal es la libertad (sin perjuicio también del honor).

Y ahora viene el reto aludido al principio: Manuel, ¿cómo pueden justificar los procesalistas que se autocalifican de publicistas que al servicio del dinero importe la verdad material y los poderes del juez se aumenten, mientras que al servicio de la libertad la verdad sea simplemente la que logran las partes según el principio de contradicción y los poderes del juez se hayan visto disminuidos en el siglo xx?

No sé si tu salud te permitirá hacer frente a este reto. Ojala sea así.

XVII | Los derechos del justiciable en los internamientos urgentes no voluntarios por razón de trastorno psíquico

Arturo Muñoz Aranguren¹
Magistrado

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO URGENTE POR TRASTORNO PSÍQUICO Y SU AFECTACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 17 CE. 2. DERECHO DE INFORMACIÓN DEL INTERESADO SOBRE SU SITUACIÓN. 3. DERECHO A LA DESIGNACIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR. 4. DERECHO A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA. 5. DERECHO A LA EMISIÓN DE UN DICTAMEN MÉDICO INDEPENDIENTE. 6. DERECHO A QUE LA RATIFICACIÓN DE LA MEDIDA O, EN SU CASO, DE ORDEN DE CESE DE LA MISMA, SE ADOpte EN EL PLAZO DE LAS SETENTA Y DOS HORAS SIGUIENTES A QUE EL INTERNAMIENTO LLEGUE A CONOCIMIENTO DEL JUEZ. 7. DERECHO A UNA DECISIÓN JUDICIAL CON UNA MOTIVACIÓN REFORZADA. 8. DERECHO A QUE LA MEDIDA INTERNAMIENTO SEA REVISADA DE FORMA PERIÓDICA POR EL ÓRGANO JUDICIAL Y A QUE ESTA DURE EL MENOR TIEMPO POSIBLE. 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción: la medida de internamiento urgente por trastorno psíquico y su afectación sobre los derechos del artículo 17 CE

Durante la vigencia del Decreto de 3 de julio de 1931, regía en España un sistema de internamiento involuntario de «enajenados» sometido a la sola autorización administrativa. Es fácil comprender la situación de indefensión absoluta en la que se encontraban las personas susceptibles de ser internadas por trastorno mentales.

El régimen actualmente vigente del internamiento involuntario es fruto, en buena medida, de los convenios internacionales suscritos por el Estado español, así como de los criterios fijados por la jurisprudencia del TEDH y del TC.

1. Estas líneas están dedicadas al profesor Cachón Cadenas, en agradecimiento por su incasable labor investigadora sobre la obra y biografía de los procesalistas españoles del siglo XX.

Estando ya vigente la Constitución Española de 1978, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, incorporó a nuestro ordenamiento por primera vez el control judicial del internamiento involuntario. Con posterioridad, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, consumó la plena integración de los tratamientos relativos a la salud mental en el sistema sanitario general, consagrando así el derecho a la información de los pacientes de estas dolencias, así como el reconocimiento de su consentimiento como requisito previo para cualquier intervención médica².

La regulación de los internamientos forzosos contenida en el artículo 211 CC fue modificada posteriormente por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, siendo finalmente sustituido ese precepto del CC por el artículo 763 LEC³.

Este trabajo tiene por objeto el examen, exclusivamente, del procedimiento de ingreso forzoso y urgente, en el que, a diferencia de régimen ordinario o no urgente, el internamiento precede a la decisión judicial.

El procedimiento para el internamiento urgente y forzoso por trastorno psíquico no ha llamado especialmente la atención de la doctrina procesalista y tampoco la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales se ha caracterizado, en general, por su elaboración dogmática.

En el pasado se ha discutido sobre la naturaleza de este tipo de procedimientos, considerados con arreglo a la normativa anterior, bien como un apéndice de los procesos de incapacidad, bien como asuntos que pertenecían a la jurisdicción voluntaria. A mi criterio, tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000 el procedimiento para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico —ya sea o no urgente— debe conceptuarse como un proceso especial y autónomo con respecto al de adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad, sin perjuicio de las remisiones a este contenidas en la regulación de aquel⁴. Tampoco existe ya base alguna para sostener que se trata de un proceso que pertenezca a la jurisdicción voluntaria, como la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha confirmado de manera implícita.

2. Vico Fernández, G., «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, 2019, p. 105.

3. El 763 LEC fue declarado inconstitucional (*vid.* STC núm. 132/2010, de 2 de diciembre) en tanto que la regulación normativa de la privación de libertad tan solo podía ser aprobada por una ley orgánica, lo que subsanó la posterior LO 8/2015, de 22 de julio.

4. En el mismo sentido, *vid.*, Sáenz González, J. *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico*, Tecnos, Madrid, 2015, *passim*.

No puedo extenderme ahora sobre este extremo, pero creo correcto afirmar que nos encontramos ante un proceso declarativo especial de cognición limitada, que no consiste tampoco en una medida cautelar en sentido estricto⁵ y en el que sí puede advertirse la existencia de partes enfrentadas —o, al menos, así es en caso de oposición del interesado—, lo que lo aleja de las conceptualizaciones tradicionales de los procedimientos de jurisdicción voluntaria⁶. Y cuyo objeto consiste en determinar si existe o no una vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE) *actual* del internado o *potencial* del que se pide que lo sea, en función de la modalidad de internamiento de que se trate (urgente u ordinaria).

En relación con este procedimiento —cuya regulación se contiene esencialmente en el art. 763 LEC— ha sido el Tribunal Constitucional quien de forma más incisiva, a través de varias sentencias, ha fijado con mayor precisión los derechos del interno y anclado estos en su raíz iusfundamental (por ejemplo, en las SSTC 141/2012, de 2 de julio, 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, 13/2016, de 1 de febrero, entre otras).

La importancia de recordar que estamos ante una privación de libertad judicial no solo tiene una finalidad teórica, sino de la máxima importancia práctica. Existe una cifra negra de internamientos forzados —de difícil cuantificación— que todavía hoy se acuerdan en España sin que el interesado haya sido examinado personalmente por el médico forense ni entrevistado por el juez⁷. Las excusas son variadas: desde la excesiva carga de trabajo —que justificaría dedicar los recursos humanos y materiales del juzgado a otros menesteres aparentemente más valiosos— a la supuesta inutilidad del «trámite» de la ratificación judicial, pues se asumiría que toda petición proveniente de un centro médico estaría justificada. El Auto núm. 136/2020, de 9 julio, de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª), da cuenta de esta subcultura jurisdiccional —y de su intento de ocultación—:

5. Tesis por la que aboga Ramos Méndez, F. *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008, pp.1583-1584. Pero fácilmente se comprende que no estamos ante una medida ancilar tendente a garantizar una tutela judicial futura.

6. Así, para De la Oliva Santos una de las notas distintivas de la jurisdicción voluntaria es que en el momento en el que surge la controversia el expediente se convertirá necesariamente en «contencioso»; algo que no ocurre en el procedimiento regulado en el art. 763 LEC, donde esa posibilidad está prevista *ab initio*, sin que la oposición del internado suponga la derivación a otro tipo de proceso jurisdiccional. De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Centro de Estudios Ramón Areces, 3ª ed., Madrid 2016, p. 36

7. Es solo un botón de muestra, pero son ilustrativos a este respecto, entre otros muchos, los Autos núm. 195/2022 de 12 septiembre de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), núm. 182/2020 de 28 septiembre de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª), núm. 181/2021 de 25 noviembre de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª) y núm. 773/2022 de 6 julio de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª). Todos ellos declaran la nulidad de las actuaciones al haberse omitido la exploración judicial del ingresado.

«En primer lugar, aunque en el auto que ratifica el internamiento se alude en dos ocasiones al examen judicial practicado (así se había acordado en la providencia que admitió la solicitud y tuvo por promovido el expediente) lo cierto es que no obra en las actuaciones rastro alguno de haberse practicado. La recurrente insiste en su recurso en que no fue examinada ni escuchada y en que dicha diligencia no se practicó, indicando que «no es que por algún error administrativo no conste el acta de exploración en el expediente, o que se haya quedado pendiente de firmar, es que dicha exploración por parte del Juez no se produjo».

Dado que tan categóricas afirmaciones no se correspondían con lo que indica el auto recurrido y visto que no consta en las actuaciones el acta del examen judicial, la Sala requirió al Juzgado para la remitiera dicho acta a fin de incorporarlo a las actuaciones. Según la respuesta obtenida «el expediente se remitió íntegramente, y si en el mismo no consta acta específica de la exploración judicial será porque ésta se realizaba junto a la exploración del médico forense, quien hacía constar, en su informe, que se realizaba ante S. S^a, tal y como constará en el informe forense que se realizó y que estará unido al expediente».

Examinado el informe emitido por el Sr. Médico forense no se obtiene el más mínimo indicio de haberse practicado el reconocimiento médico al mismo tiempo que la exploración por parte del juez, sino más bien al contrario puesto que el informe médico forense se emite el día 26-4-2019 ante S.S^a y el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, compareciendo el Sr. Médico forense y manifestando «que el día 25 del corriente ha practicado reconocimiento médico forense de Aurora en el servicio de psiquiatría del Hospital Sta. María de Lleida, resultando lo siguiente...», por lo que atendidas las fechas —de reconocimiento y de emisión del informe— y el contenido de éste, no puede concluirse que se practicara al mismo tiempo que la exploración judicial y, como ya se ha dicho, no consta en las actuaciones ningún rastro documental que refleje el resultado de la diligencia. [...] Las alegaciones de la recurrente, unidas a la falta de constancia documental y al hecho de que no existe ningún dato que permita entender que el examen personal por el juez se practicó al mismo tiempo que el reconocimiento por el Sr. Médico forense, introducen serias y fundadas dudas sobre la efectiva práctica de la prueba en cuestión, y tratándose, como se trata, de una diligencia fundamental e ineludible, ha de quedar perfectamente documentada».

Esta pulsión funcionalista, más arraigada de lo que parece en los juzgados españoles, aboga por sostener que —en el mejor de los casos— es suficiente con que el juez examine el informe remitido por el centro y el emitido por el médico forense sin examinar personalmente al justiciable, sobre la sola base de aquel.

Una postura que me parece inaceptable, y no solo desde una perspectiva de *lege lata*.

Como ha hecho notar FERRAJOLI, «el poder —todos los poderes, sean estos públicos o privados— tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma

absoluta y a liberarse del derecho⁸». Las garantías establecidas por la LEC para adoptar esa medida de privación de libertad forzosa están ideadas no solo para cumplir con los estándares mínimos derivados de la propia CE y del CEDH, sino para evitar que nadie pueda ser ingresado contra su voluntad en un centro médico sin que tal decisión sea objeto de un control judicial efectivo, en el que el interesado tenga la oportunidad de ser escuchado personalmente por el juez y, en su caso, de oponerse a tal medida. En pocos casos como este se advierte la configuración de los derechos fundamentales como «la ley del más débil», por utilizar el léxico del autor florentino.

Y nótese que la falta de entrevista judicial con el interesado antes de ratificar la medida imposibilita *de facto* que el justiciable pueda aportar elementos de prueba que desvirtúen la justificación médica de su ingreso —por ejemplo, un dictamen psiquiátrico contradictorio— o que, haciendo uso del derecho conferido por el art. 763.3 LEC, pueda designar abogado para oponerse a la medida e incluso recurrirla en apelación. Además, suele provocar que tampoco se cumpla otra de las garantías esenciales del sistema: que ese ingreso involuntario esté avalado por el dictamen de un médico *independiente* del centro médico que solicita el ingreso. Es obvio que no puede tener tal consideración un informe emitido por el médico forense a la luz exclusiva de un previo dictamen del centro médico, sin un examen personal y directo del interesado⁹.

Me parece, por tanto, que no está de más abogar por un prudente garantismo procesal en esta materia. Máxime cuando están en cuestión derechos del mayor valor axiológico y del que son titulares personas especialmente vulnerables. La idea de que se puede prescindir de estas garantías porque ningún centro médico pediría un internamiento forzoso de no estar justificado no solo encierra una peligrosa petición de principio, sino que consagra algo tan pavoroso como que un ciudadano pueda ser internado contra su voluntad en un centro psiquiátrico sin que tal decisión esté sujeta a un control judicial real y efectivo.

Por esa razón, y para enfatizar la importancia de los derechos irrenunciables de toda persona sometida a un internamiento médico forzoso, estas líneas están escritas desde la perspectiva del justiciable.

8. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 121.

9. Cuestión distinta es la posibilidad de que el examen del interno por parte del juez y del médico forense se realice por videoconferencia o requiera de la presencia física de ambos en el centro médico. El art. 129 bis. 2 LEC parece requerir como regla general la presencia física en estos casos, pero también permite al juez excepcionar aquellos supuestos en los que, en atención a las circunstancias concurrentes, se justifique que se practique de forma telemática. A mi juicio, es prevalente en este punto el criterio médico, debiendo optarse por el medio que sea menos desestabilizador para el afectado. Por lo demás, no creo que la intermediación física aporte en este caso al juez o al médico forense elementos de juicio específicos que no puedan apreciarse de forma telemática.

Finalmente, debe hacerse constar que, salvo que concurra una situación de urgencia terapéutica psiquiátrica inminente en la que el internamiento por la vía del 763 LEC puede estar indicado —que es precisamente el caso que vamos a examinar—, el cauce procedimental adecuado para acordar el internamiento sociosanitario de una persona discapacitada que no esté en condiciones de autorizarlo por sí misma es el previsto en el artículo 42 bis b) de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En este procedimiento es viable la adopción de medidas de apoyo con carácter provisional en caso de que se formule oposición, que podrán mantenerse durante un plazo máximo de treinta días¹⁰.

2. Derecho de información del interesado sobre su situación

Debemos partir de que, en última instancia, la exigencia de informar de los motivos de la detención deriva del art. 5.2 CEDH; situación que no es predicable únicamente de los procedimientos penales, sino también de cualquier forma de privación de libertad debido al «estrecho vínculo entre los párrafos 2 y 4 del art. 5» (STEDH de 21 de febrero de 1990, caso Van der Leer contra los Países Bajos). También es exigible conforme al art. 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo primer inciso es aplicable a todas las formas de privación de libertad (Observación General n° 8[1982] del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre el derecho a la libertad y a la seguridad personales).

Estas disposiciones condicionan la interpretación que debe darse al art. 17.3 CE, en aplicación, a su vez, de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

Dentro del haz de garantías del ciudadano sobre el que ya se ha acordado su ingreso urgente y forzoso —recordemos que la función del juez es ratificar esa decisión previa del centro médico o, en otro caso, desautorizarla— quizá la primera y más básica sea la de ser informado por el juez sobre la razón de su privación temporal de libertad.

La facilitación de esas explicaciones al interesado exige de mucha delicadeza, porque en ocasiones la propia situación clínica del paciente puede dificultar la comprensión e incluso provocar que el interesado la integre en su trastorno

10. Los artículos 212-4 a 212-6 del Código Civil de Cataluña regulan el internamiento por trastorno psíquico. En concreto, el art. 212-5 contempla la modalidad de internamiento urgente, autorizando al director del establecimiento a adoptar la medida «si se produce una causa de urgencia médica que requiera el internamiento sin dilación». Para el procedimiento la norma remite a la normativa procesal estatal y los plazos son los mismos excepto en cuanto a la primera revisión judicial después de la ratificación, que no puede dilatarse más de dos meses.

delirante. No se trata de abrumar al afectado con un exceso de información, sino de que comprenda por qué está ingresado de forma temporal y que el examen judicial no deriva de que aquel haya hecho nada malo —que es el temor de muchos de ellos cuando se les dice en el centro que tienen que hablar con un juez— sino que se establece como una garantía de que esa decisión de ingreso está justificada.

Una sobrecarga de información por parte del juez —especialmente si se transmite de forma excesivamente formal o autoritaria— puede provocar un indeseado bloqueo mental en el internado. Otro factor a tener en cuenta es la tendencia que muestran muchas personas con un trastorno psíquico a la aquiescencia o deseabilidad social. Como indican SANCHEZ GARGALLO y ALÍA ROBLES, no es infrecuente que las personas con discapacidad psíquica «contesten aquello que entienden que agrada a quien le entrevista, aunque no sea la realidad. Por ejemplo, cuando se les pregunta si están cómodos o si les gusta el juzgado, la respuesta tiende a ser afirmativa, para contentar a quien se interesa por ello. Esta circunstancia debe ser conocida y tomada en consideración en las entrevistas con estas personas, porque no tienen intención de mentir, sino de agradar y no molestar a su interlocutor¹¹».

Nótese, además, para valorar la trascendencia de la correcta transmisión de la información por parte del juez, que la injerencia en los derechos fundamentales del interesado no se circunscribe a la libertad deambulatoria como consecuencia de su internamiento forzoso; también a la aplicación, incluso contra su voluntad, de un determinado tratamiento médico¹².

3. Derecho a la designación de abogado y procurador

Si el internamiento se acomoda al proceso de incapacitación, el demandado estará asistido necesariamente de letrado, con arreglo a los artículos 750.1 y 760.1 LEC. En cambio, si la medida de internamiento se tramita de forma independiente al proceso de provisión de medidas para el discapaz —que es el caso que estamos analizando—, el nombramiento de abogado es facultativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 763.3 LEC:

11. Sanchez Gargallo, I. y Alía Robles, A. «Guía para la entrevista judicial a una persona con discapacidad», *Actualidad Civil*, nº 2, 2023, p. 6.

12. Como destaca la STC 141/2012, «desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario».

«[...] en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de internamiento, podrá disponer de representación y defensa, en los términos señalados en el artículo 758 de la presente ley».

Se ha criticado por algunos autores que esa defensa letrada no sea obligatoria en los procedimientos de autorización de internamiento o de ratificación del internamiento urgente, sobre la base de que se trata de una privación de libertad en la que se otorga al interesado, especialmente vulnerable en atención a su patología mental grave, menos derechos que a un detenido¹³. El argumento no es despreciable, pero también debe valorarse que no siempre una excesiva judicialización de este ingreso redundaría en beneficio del interno.

A mi modo de ver, se trata de un derecho sobre el que el juez debe informar al justiciable en términos que sean comprensibles para este. Nuevamente, advierto de que se trata de un trámite en extremo delicado, que exige una cierta empatía por parte del juez y su modulación en función de las circunstancias del caso. Algo que no es sencillo de conseguir con las restricciones de tiempo que impone la desmedida carga de asuntos a los que tiene que hacer frente, en estos momentos, casi cualquier juzgado de primera instancia español¹⁴.

No se trata de incitar al interesado a designar abogado de forma sistemática —ya sea de su confianza o de oficio—, pero sí de informar al afectado de esa posibilidad. Esta designación tiene sobre todo sentido en aquellos casos límite o dudosos en los que, por ejemplo, exista un trastorno mental que pueda ser tratado con igual eficacia y sin riesgos para el paciente de forma ambulatoria.

En el supuesto de que no se designe abogado la defensa del interesado pasará a asumirla de forma automática el Ministerio Fiscal (arts. 763.3 y 758 LEC), dado que la iniciativa para el ingreso no es del Ministerio Público sino del responsable del centro médico (art 763.1 LEC).

Se ha planteado si, pese a constar la petición expresa de abogado por parte del interesado, el órgano judicial puede prescindir de tal designación si concluye durante la entrevista que su capacidad de decidir libremente está condicionada por una fase aguda de su patología psíquica. Así lo defiende, por ejemplo, el

13. Vico Fernández, G., ob. cit., p. 123.

14. En los datos estadísticos que publica anualmente el CGPJ consta que, solo en el periodo 2021 a 2022 (último dato disponible), el número de asuntos ingresados en la primera instancia civil aumentó casi un 10%. Con excepción del año de la pandemia COVID-19 (2020), en la última década se observa un incremento imparable y sostenido del número de asuntos ingresados. *La Justicia dato a dato. Año 2022. Estadística Judicial*, CGPJ, disponible en este enlace: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/>

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 240/2017, de 31 mayo:

«Si, apreciando que el estado cognitivo y volitivo de la Sra. Elisa, gravemente afectado, la juzgadora hubiera llegado a una valoración alternativa, podría haber obviado la designa, motivadamente. En efecto, está descrito que la esquizofrenia se caracteriza por una falta de percepción de la realidad o por alteraciones en la percepción o en la expresión de la alteración de la realidad y, cabría entender que tal petición de abogado de oficio no respondía a un consentimiento valorable, que no era consistente jurídicamente. En efecto, de los antecedentes del parte de ingreso, del hecho de que la paciente procediera de una unidad de subagudos, de la orientación diagnóstica que daba el médico de guardia, del contenido del informe inmediato del médico forense y del resultado de la exploración judicial, vista la querulancia que se apreciaba en la Sra. Elisa y su falta de colaboración y que persistía en la fijación de que «no vol parlar fins que no tingui un advocat davant» (manifestación estereotipada de no querer hablar «si no es en presencia de un abogado»), hay elementos para poder considerar que, pese a la manifestación formal de desear la ingresada la designa de un abogado, no había conformación de un consentimiento válido, que la enferma no estaba en condiciones de saber lo que pedía».

La AP de Barcelona sostiene que esa interpretación del artículo 763.3 LEC se encuentra respaldada por la jurisprudencia constitucional, pues «sería un caso de los que el Tribunal Constitucional considera que el paciente no puede [válidamente] designar defensor, pues entendemos que no puede designarlo, a pesar de la manifestación formal, quien presenta su consentimiento viciado, si su capacidad de conocer y querer está interferida, si falta percepción de la realidad, hay alteraciones en su percepción o se sufren alteraciones en la expresión de la alteración (trastorno, ofuscación, desvarío o delirio¹⁵)».

No obstante, un examen detenido de esa doctrina del TC conduce a una interpretación diversa. En efecto, la STC 50/2016, de 14 marzo, sí contempla la posibilidad excepcional de que, ante la imposibilidad de designación de abogado por parte del interesado, asuma su defensa el Ministerio Fiscal. Pero se trata de supuestos, perfectamente distinguibles de los anteriores, en los que como consecuencia del estado mental del afectado «este no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta». Se trata de aquellos casos extremos en los que, bien por el efecto de la medicación, bien por su estado de agitación o trastorno, el interesado no es capaz de comprender —si-

15. El Auto de la AP de Barcelona indica que, en caso de que el juez entienda que el interesado, a pesar de haberlo solicitado de forma expresa, no está en condiciones psíquicas de hacer esa designa, deberá solicitar al médico forense que informe por escrito sobre este particular y, además, notificar al Ministerio Público que asumirá en lo sucesivo la defensa de aquel.

quiera de forma rudimentaria— el contenido de su derecho al nombramiento de abogado y/o de expresar su voluntad al juez en términos inteligibles.

Y es que el razonamiento del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) núm. 240/2017, de 31 mayo, aunque bienintencionado, es puramente circular: si el interno precisamente quiere cuestionar la corrección o proporcionalidad de la medida de ingreso, no puede denegarse el nombramiento de un abogado que permita articular la defensa de esa pretensión e incluso recurrir en apelación una eventual decisión judicial de ratificación.

A poco que se reflexione se convendrá que este rechazo *a limine* de la designación de abogado incurre en una clamorosa petición de principio: si el proceso tiene por objeto verificar si la privación de libertad o no está justificada y uno de los derechos del internado es el de cuestionar tal justificación, no puede privarse del mismo al justiciable bajo la asunción de que no está capacitado para tomar esa decisión. Por lo demás, ni el juez de primera instancia ni el médico forense son infalibles, de suerte que con esa denegación de la asistencia letrada se imposibilita en la práctica que la decisión de aquel pueda ser apelada.

Es indudable que este posicionamiento puede conllevar, en algunos casos, designaciones innecesarias e incluso la interposición de recursos de apelación redundantes. Pero es preferible una interpretación que permita, incluso en exceso, el pleno ejercicio del derecho de audiencia derivado del fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho fundamental a la asistencia jurídica (art. 24.2 CE), que una exégesis que faculte al órgano judicial —incluso aunque cuente con el aval del médico forense— para desproveer de tal derecho al interesado, aunque este haya exteriorizado su voluntad expresa de ser defendido por un abogado.

Por lo demás, pretender —como hace el citado Auto de la AP de Barcelona— que el Ministerio Fiscal asuma una defensa activa del interesado en este tipo de procesos es, dada la actual carga de trabajo del Ministerio Público, un desiderátum sin contenido efectivo real; algo que, por cierto, ya atisbó la STC 141/2012, al afirmar que no era posible dar «por cubierta esa defensa [del interesado] con la presencia del Ministerio Fiscal, el cual actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento, ya que en este momento procesal no está declarado incapaz¹⁶».

16. El citado Auto de la AP de Barcelona se separa de este pronunciamiento de TC: «No obstante, desde ese mismo momento de la notificación la Fiscalía asumía la defensa del internado, con carácter general (art. 3.7 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y art. 758 LEC) a pesar de la falta de motivación expresa y de la falta de indicación específica y en tanto tomaba conocimiento de la

En cualquier caso, la designación de abogado y/o procurador no supone que el plazo de 72 horas para dictar la resolución quede en suspenso, ni la nulidad de lo actuado antes de que comience su asistencia letrada o representación procesal.

4. Derecho a la práctica de la prueba

El art. 763.3 LEC señala que el juez oír a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida, así como que se practicará cualquier otra prueba que aquel estime conveniente.

A mi criterio, el órgano judicial no está obligado a practicar cualquier medio de prueba que solicite el interesado, sino tan solos aquellos que cumplan los requisitos de pertinencia y utilidad y que sean además compatibles con el plazo máximo de 72 horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. Es conveniente que, de manera comprensible, se informe al internado durante el examen judicial de esa posibilidad, pues se trata de un derecho cuya existencia, en la inmensa mayoría de los casos, desconoce el afectado (piénsese en informes médicos contradictorios, testificales de familiares o allegados, etc.).

La STC 141/2012 enfatiza el papel proactivo que debe encarnar el juez a la hora de brindar al internado la posibilidad de presentar, en su caso, los elementos de prueba que puedan contradecir la procedencia de su ingreso forzoso:

«No cabe hablar estrictamente de la denegación de ciertas pruebas, como la testifical de algunos parientes del recurrente o de la aportación de otro dictamen pericial, como se queja la demanda de amparo, porque formalmente no hubo ni siquiera una petición que fuese rechazada. El problema arranca antes: faltando la información sobre el derecho a la defensa jurídica y a la prueba, estos sencillamente no pudieron ser ejercitados. En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la Ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información, no presuponer su conocimiento por el afectado, como erróneamente sostiene el Auto de la Audiencia Provincial para disculpar lo sucedido...»

existencia del expediente. Ya podía actuar como defensor de la Sra. Elisa. No era preceptivo informe previo del Ministerio Fiscal antes de dictarse el Auto de autorización de ingreso, la Ley no lo prevé. Configurado el proceso como contradictorio, por la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad del art. 758 al 763.3 LEC, e iniciado el expediente a iniciativa de un particular (el responsable del centro), el Ministerio Fiscal defiende, ineludiblemente, al internado».

No me cansaré de insistir, desde mi propia experiencia profesional, en la dificultad que existe en la práctica para transmitir, a una persona que padece un trastorno mental agudo, el contenido de sus derechos y, en particular, el de proponer medios de prueba que contradigan la bondad del ingreso. El juez deberá hacer un esfuerzo didáctico por explicarle con el lenguaje más sencillo posible el contenido de ese derecho, pero evitando transmitir al interesado la sensación de que está obligado en todo caso a cuestionar procesalmente la decisión de su internamiento.

5. Derecho a la emisión de un dictamen médico independiente

El art. 763.3 LEC dispone que el tribunal deberá «oír el dictamen de un facultativo por él designado». Se trata de una garantía cuya importancia decisiva ha sido subrayada constantemente por el TEDH. La Corte de Estrasburgo pone el énfasis, no en la especialización en psiquiatría del médico —que podrá tenerla o no—, sino en su falta de subordinación con respecto al centro médico que, a su vez, interesa el ingreso forzoso.

Se busca así que el juez cuente con un dictamen emitido por un profesional independiente, que de ordinario será el médico forense adscrito al Juzgado. Pero nada impide que, por requerirlo lo excepcional del caso, el juez designe de forma alternativa o cumulativa a otro médico, preferiblemente especializado en psiquiatría. Eso sí, ese médico no deberá tener vinculación laboral alguna con el centro que interesa la ratificación del ingreso.

Para el TEDH —en una interpretación que vincula a los jueces nacionales—, de incumplirse la garantía de la imparcialidad del perito médico se quebrantaría el derecho a un proceso equitativo del artículo 6.1 del Convenio (STEDH de 11 de diciembre de 2008, asunto Shulepova contra Rusia, §§ 65 y 69). Se trata, consecuentemente, de un presupuesto imprescindible para que la medida de internamiento sea considerada «*lawful*» (legal) en la terminología habitual del TEDH¹⁷.

17. Cfr. Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 2003, asunto Rakevich v. Rusia: «27. Furthermore, for compulsory psychiatric confinement to be «lawful» within the meaning of Article 5 § 1 (e) of the Convention, three basic requirements must be fulfilled. First, the individual concerned must be reliably shown by objective medical expertise to suffer from «a true mental disorder» except in an emergency. Secondly, the disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement. Thirdly, the disorder must persist throughout the period of detention (see *Winterwerp*, cited above, § 39)».

6. Derecho al que la ratificación de la medida o, en su caso, de orden de cese de la misma, se adopte en el plazo de las setenta y dos horas siguientes a que el internamiento llegue a conocimiento del juez

El establecimiento de un plazo máximo es una novedad que, en nuestro ordenamiento, introdujo la LEC 1/2000. En coherencia con la privación de libertad que implica, se establece un término rápido, de forma que la ratificación judicial de la medida o su cese se acuerden, tras la exploración del afectado, en un máximo de 72 horas¹⁸. Como indica CABAÑAS GARCÍA, el apartado 1º del art. 763 LEC no prevé la ampliación del plazo por causa justificada; posibilidad que queda fuera del alcance del juez, «quien en consecuencia tiene el deber de que al menos las pruebas oficiales se practiquen dentro del tiempo predeterminado¹⁹». Así lo ha afirmado la STC 141/2012, que subraya que se trata de un plazo improrrogable que deriva de forma directa del art. 17.1 CE. Por ello, la citada STC 141/2012 (FJ 5) advierte de que tampoco el legislador podría alargar ese plazo mediante una reforma de la LEC, por derivar esta limitación temporal *ex Constitutione*:

«...el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso (dicho plazo) más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el artículo 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6)».

Que se trata de término legal fijado en beneficio del interesado es algo que se desprende de las consecuencias anudadas a la expiración del plazo sin que se haya dictado la preceptiva resolución. En tal caso, procederá la inmediata puesta en libertad del interno, sin perjuicio de la facultad del juez —pero ya con el interesado en libertad— de acordar el internamiento no voluntario²⁰.

Así lo proclama la STC 141/2012 (FJ 6º):

18. A su vez, la previa comunicación de los responsables del centro médico al juzgado debe realizarse en el plazo máximo de 24 horas (art. 763.1 *in fine* LEC). El incumplimiento de este plazo conlleva automáticamente la ilegalidad de la detención, lo que permitiría su control judicial a través del procedimiento de *habeas corpus* a instancia de su representante legal o de sus familiares (cfr. STC 141/2012, FJ 5).

19. Cfr. «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, p. 1906.

20. Sobre las consecuencias disciplinarias que para un juez puede tener la postergación de su decisión ante un internamiento forzoso urgente, cfr. la Sentencia núm. 715/2022 de 10 junio Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), que confirma la imposición de una sanción de suspensión de un mes por una infracción muy grave de desatención en el desempeño de sus funciones judiciales contemplada en el artículo 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

«El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el artículo 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente. Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 CE».

Paradójicamente, en el caso de que el plazo hubiera expirado esa eventual decisión del juez de ratificación de un ingreso médico previo se transforma en una autorización judicial previa al (segundo) internamiento forzoso. La posición del TC debe reputarse correcta y proporcionada a la gravedad de los intereses en juego. Además, crea los incentivos adecuados para que el juez otorgue prioridad temporal a una decisión que, secularmente, no había recibido una atención preferente.

Otra cuestión relevante, sobre la que la LEC no arroja luz, consiste en determinar si el Auto debe ratificar la medida tomando en consideración el estado en que se encontraba el interesado en el momento de producirse su ingreso o en el que estuviera cuando fuera examinado personalmente por el juez —en caso de haberse modificado—.

Se trata de un interrogante resuelto por la jurisprudencia constitucional. La STC 141/2012, FJ 6, contesta a la cuestión planteada afirmando la plena cognición de la revisión judicial de la medida de internamiento:

«Interesa poner de manifiesto que el juicio de ratificación comprende desde luego la consideración del estado mental del interno a la fecha en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, pero también la procedencia del internamiento cuando se adoptó por el responsable sanitario, esto es, la revisión de lo actuado por éste: primero porque el Juez, que es quien garantiza la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), independiente (art. 117.1 CE) e imparcial (art. 24.2 CE) de los derechos del interno, debe determinar si la medida estuvo justificada en su origen, pues lo contrario llevaría a convertir la fase extrajudicial previa en un limbo sin derechos para el afectado. Pero segundo, porque si aparecen dudas fundadas acerca de la necesidad de la medida en aquel primer instante y, sin embargo, sí parece justificarse a posteriori con el resultado de las pruebas judiciales, deberá

dilucidar el Tribunal si ello se debe a la implementación —o no— de un tratamiento inadecuado para el paciente, lo que dejando al margen otras consecuencias legales, podría ser justo motivo para no ratificarla».

De lo que se sigue que el juez deberá, en primer lugar, analizar y pronunciarse sobre si el ingreso forzoso estaba o no justificado en el momento en que fue acordado por los responsables del centro médico. Pero, también, de haberse modificado su estado significativamente en el ínterin, sobre la necesidad de que dicha medida perviva en el momento mismo de dictarse el Auto.

Ahora bien, la intelección del razonamiento transcrito de la STC 141/2012 y su aplicación práctica no son sencillas.

En hipótesis, podría darse los siguientes escenarios:

- a) Que la medida estuviera justificada tanto el momento del ingreso como en el de su revisión jurisdiccional, procediendo, por tanto, la ratificación judicial del internamiento forzoso.
- b) Que la medida estuviera justificada *ab initio*, pero que hubiera dejado de estarlo durante las 72 horas siguientes. Estos casos no deben confundirse con aquellos, muy frecuentes en la práctica, en los que los síntomas del brote psicótico del internado remiten o desaparecen como consecuencia de la medicación pautada, pero que todavía precisan de algún tiempo adicional de ingreso para lograr su estabilización (y en los que procede ratificar el internamiento urgente). Pero si así no fuera, el Auto deberá declarar que el internamiento forzoso estaba justificado en el momento en que se produjo y acordar a continuación, en la misma resolución, que el interno sea puesto en libertad deambulatoria.
- c) Que la medida no estuviera justificada ni en el momento del ingreso ni en el momento del examen judicial, en cuyo caso procede la denegación judicial de la ratificación y la inmediata puesta en libertad del interesado.
- d) Que la medida no estuviera justificada en el momento del internamiento, pero sí durante la exploración judicial. No será ocioso apuntar que siempre será muy difícil reconstruir en tan poco tiempo y con tan escasos elementos de prueba el estado psíquico del interesado en el momento del ingreso, principalmente a través del análisis del informe médico remitido por los responsables del centro.

En este punto, habría que distinguir, a su vez, entre dos supuestos:

- (i) si la razón del agravamiento del trastorno psíquico fuera imputable al centro médico —v.gr. que, como consecuencia de un tratamiento negligente al interno, hubiera desencadenado una crisis nerviosa o un brote psicótico—, parece razonable que el juez ratifique el ingreso du-

rante el tiempo mínimo imprescindible para la estabilización del paciente, siguiendo las indicaciones del médico forense, y ordenando su puesta en libertad tan pronto como sea posible²¹.

- (ii) si la razón no fuera imputable al centro médico, sino a un agravamiento súbito de la patología psíquica del internado, el juez también deberá dejar constancia en la resolución de esta circunstancia, rechazando la ratificación del ingreso precedente, pero acordando, de forma simultánea, el internamiento urgente del afectado en el centro médico donde se halla.

7. Derecho a una decisión judicial con una motivación reforzada

Se trata de un derecho extraído por el TC de su clásica doctrina sobre la necesidad de que las resoluciones judiciales que afecten a la libertad personal de los ciudadanos contengan una motivación reforzada. Así, en la STC núm. 141/2012, de 2 julio, puede leerse que «respecto del contenido de la decisión adoptada en el Auto de 21 de mayo de 2007, ratificando la medida de internamiento, entendemos que ésta carece de la motivación reforzada que le era exigible, teniendo en cuenta su incidencia como medida privativa de la libertad personal (SSTC 251/2005, de 10 de octubre, F. 4; 120/2008, de 13 de octubre, FF. 2 y 3; 191/2009, de 28 de septiembre, F. 4 y 179/2011, de 21 de noviembre, FF. 3 y 5)».

Es interesante hacer notar que la motivación que el TC juzgó insuficiente es un modelo estereotipado, muy extendido en la práctica jurisdiccional:

«El citado Auto, tras efectuar la transcripción completa del art. 763 LECiv e invocar «las actuaciones realizadas y... los informes obrantes en autos», afirma que el recurrente «tiene anuladas sus capacidades cognitivas y volitivas, y su estado de salud requiere de una intervención inmediata», por lo que considera «correcta y adecuada la medida».

No se trata, por lo demás, de que la motivación judicial sea prolija y especialmente extensa. Basta con que contenga unos razonamientos *ad hoc*, que permitan controlar intersubjetivamente que el juez, antes de tomar su decisión, ha analizado las pruebas practicadas, valorado su examen personal del interesado

21. O, de entender que la dispensa de un tratamiento adecuado no es posible en ese centro, rechazar motivadamente la ratificación y ordenar de forma simultánea el internamiento urgente del interesado en otro centro médico distinto.

y concluido sobre la existencia, necesidad y proporcionalidad de la medida de ingreso forzoso en el caso concreto examinado.

El TC ha seguido en este aspecto de forma fiel la jurisprudencia del TEDH a partir de su *leading case* en la materia, la Sentencia de la Corte de Estrasburgo de 24 de octubre de 1979, asunto Winterwerp contra Países Bajos.

Para nuestro Tribunal del Garantías, el internamiento por motivo de trastorno psíquico exige siempre la concurrencia acumulativa de los siguientes requisitos:

«... una privación de su libertad personal que: «...ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 C.E.), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...] la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresa— mente en el artículo 5.1.e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo ...»: SSTC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3 y 24/1993 de 21 de enero, FJ 4, respecto del internamiento como medida de seguridad (penal); 104/1990, de 4 de junio, FJ 2, para internamiento decretado tras sentencia civil de incapacitación; y 129/1999, de 1 de julio, FJ 3, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo segundo del artículo 211 CC, regulador entonces del internamiento cautelar en el orden civil...» (STC 141/2012, FJ 3).

Como recuerda la STC 141/2012, tanto la existencia del trastorno psíquico como la propia situación de urgencia en la intervención médica dirigidas a proteger la vida e integridad del afectado —o la de terceros— han de ser determinadas por un facultativo con remisión «a los conocimientos propios de la ciencia médica», sin que pueda reputarse en ningún caso como trastorno mental la mera discrepancia del sujeto con el sistema de «valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad²²».

22. Sobre esta cuestión, Cabañas García, J.C., «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, p. 1893.

Es importante subrayar que en ningún caso un mero comportamiento excéntrico o un estilo de vida que no se ajuste a los parámetros usuales pueden justificar un ingreso psiquiátrico forzoso, cuyo único fundamento deber ser una enajenación mental grave cuyo tratamiento no admita demoras (cfr. la STC 141/2012, FJ 4).

8. Derecho a que la medida de internamiento sea revisada de forma periódica por el órgano judicial y a que esta dure el menor tiempo posible

Finalmente, del apartado 4º del art. 763 LEC se desprende el derecho del ingresado de forma forzosa a que la necesidad de su internamiento sea objeto de una revisión periódica por parte del juez, con la finalidad de que la privación de libertad se alargue lo menos posible. A tal fin,

«en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento».

La realidad es que, debido a la escasez de medios materiales y humanos y a la necesidad de atender a nuevos ingresos más urgentes, esos internamientos no suelen extenderse en el tiempo más allá de algunos días. Normalmente, los mínimos para que la medicación haga efecto en el internado y la fase más aguda de su trastorno se mitigue. Muchas veces, son los propios familiares del ingresado —e incluso este— lo que desearían un ingreso más prolongado.

En cualquier caso, el plazo legal aplicable por defecto —de nada menos que seis meses— se antoja a todas luces excesivo, salvo para casos de verdad excepcionales²³.

23. Es mucho más razonable el plazo máximo de dos meses previsto en el art. 212-5.4 del Código Civil Catalán, si bien este precepto prevé que para las revisiones sucesivas podrá fijarse, excepcionalmente, un plazo de hasta seis meses.

En la práctica, normalmente las altas se producen a los pocos días o semanas, de forma que no es el órgano judicial, sino el centro médico, el que acaba decidiendo en qué momento recobrará la libertad el interesado.

9. Conclusiones

El procedimiento para el internamiento urgente no voluntario por razón de trastorno psíquico cuenta con una regulación específica (art. 763 LEC) que intenta conjugar razonablemente la rapidez en su resolución con la preservación de unas garantías procesales mínimas para el afectado. Afortunadamente, contamos con numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que ha mostrado una especial sensibilidad a la hora de fijar el elenco de garantías irrenunciables de toda persona que se encuentra internada de forma urgente y contra su voluntad en un centro médico.

La progresiva humanización del tratamiento médico de estas patologías ha venido acompañada, con un cierto retraso, de una mejora en el trato legislativo y judicial dispensado a los afectados por este tipo de trastornos. Persisten todavía en España, aunque en fase de remisión, determinadas prácticas jurisdiccionales *contra legem*, en las que los prejuicios de algunos jueces sobre este tipo de personas vulnerables conducen a una laminación de sus garantías, hasta el punto de convertir el procedimiento del art. 763 LEC en un trámite burocrático en el que el juzgador se limita a estampar su firma, sin haber entrevistado al interesado —y, lógicamente, sin haberle informado de sus derechos— y sin que tampoco el médico forense haya examinado por sí mismo al ingresado.

Hace casi un siglo que el profesor BECEÑA dejó escrito que «el conocimiento del rito, sin compensarlo con una fuerte formación teórica y de principios, inclinará siempre a los jueces en el sentido de una justicia formalista y ritual²⁴».

Conviene no olvidar que el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere específicamente al acceso a la justicia. El primero de sus apartados recuerda la obligación de los Estados signatarios de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás.

24. Beceña, F., *Magistratura y justicia*, Librería de Victoriano Sánchez, Madrid, 1928, p. 306. Para una introducción a su obra, cfr. el estudio de otro ilustre procesalista: Cachón Cadenas, M. *Francisco Beceña: un procesalista de primera hora*, Atelier, Barcelona, 2017. 1.ª edición.

La situación de vulnerabilidad extrema de todo ciudadano que se encuentra en esa tesitura —ingresado contra su voluntad en un centro psiquiátrico y aislado de sus familiares y allegados, en condiciones de salud precarias— obliga a que el juez haga un esfuerzo suplementario por comunicar de forma comprensible a la persona internada el sentido de la revisión jurisdiccional de la decisión de ingreso y las posibilidades que el ordenamiento le ofrece para cuestionar, en caso de que así lo decida, su internamiento. Una labor, por lo ya dicho, que no es sencilla, y que exige sutileza y empatía judicial para modular, según las circunstancias de cada caso, cómo se transmite esa información.

10. Bibliografía

- ALÍA ROBLES, A. y SANCHO GARGALLO, I., «Guía para la entrevista judicial a una persona con discapacidad», *Actualidad Civil*, nº 2, 2023, pp. 1-15.
- BECEÑA, F., *Magistratura y justicia*, Librería de Victoriano Sánchez, Madrid, 1928, p. 306.
- CABAÑAS GARCÍA, J.C., «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal», *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 1883-1910.
- CACHÓN CADENAS, M. *Francisco Beceña: un procesalista de primera hora*, Atelier, Barcelona, 2017. 1.^a edición.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I*, 3.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.
- FERRAJOLI, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 1583-1584.
- SÁENZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico*, Tecnos, Madrid, 2015.
- VICO FERNÁNDEZ, G., «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, 2019, pp. 101-160.

XVIII | Diez ideas tempranas de tardíos paseos ordinarios

Santi Orriols García

Profesor asociado de Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. ¿MEJOR DEMANDA Y CONTESTACIÓN SIN OBLIGACIÓN DE ACOMPAÑAR TODOS LOS DOCUMENTOS? 2. EL ACTA NOTARIAL DE COMUNICACIÓN SIN QUE CONSTE COMO TAL. 3. EL TS COMO LEGISLADOR, O EL NUEVO ARTÍCULO SOBRE LA TRANSACCIÓN ANTE EL TS. 4. «LAS PARTES DE MUTUO ACUERDO PODRÁN MODIFICAR LOS PACTOS DE ESTE CONTRATO». 5. TRES IDEAS SOBRE EL JUICIO MONITORIO. 6. INSUFICIENTE PLAZO DE 20 DÍAS PARA CONTESTAR UNA DEMANDA. 7. MEJOR PRESCINDIMOS DEL JUICIO VERBAL POR RAZÓN DE LA CUANTÍA. 8. LOS PLAZO INDEPENDIENTES PARA CONTESTAR LA DEMANDA, 9. *RECONVENTIO RECONVENTIONIS*. 10. SOBRE EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL ARTÍCULO 552-11 CC DERIVADO DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*.

En este caluroso verano de 2024 descubrí que escribir para un libro homenaje a tu maestro es difícil. El profesor Cachón ha sido una de las tres personas más influyentes en mi vida, y durante casi 25 años me ha dado una seguridad personal y profesional que sin él me sentiría como flotando sin apoyos en el abismo. Escribir un artículo para él es una extraña sensación.

La dificultad de escribir se acentúa además al optar entre un trabajo jurídico académico de discípulo o bien un elogio escrito por un abogado amigo. Porque a los profesores que somos también abogados, o al revés, nos sucede a menudo sentirnos como el personaje de Gulliver: Cuando algún profesor comenta un tema jurídico en la universidad y se dirige a nosotros, casi siempre con un comentario previo —a veces con algo de inconsciente ironía— similar a este: «*tu que vives la realidad del foro y tienes los pies en la tierra...*». En cambio, al poco rato, en el edificio de los juzgados algún abogado comenta algún caso que tiene entre manos y entonces sucede todo lo contrario. Con la respuesta que le damos, no puede evitar el comentario de: «*Ah claro! es que tu eres un científico...*».

En fin, la realidad es que algunas veces me siento fuera de lugar en ambos sitios, y las dos escrituras, la del foro y la académica, cada vez me resultan más arduas, especialmente cuando llega la parte de la necesidad de justificar, es decir, en la que hay que exponer ordenadamente los argumentos y con la siempre necesaria dosis de psicología para poder seducir al destinatario, ya sea a un Tribunal o a un colega.

De este modo, actualmente, justificar una idea es, en definitiva, un engaño, porque en el fondo, la erística del lenguaje, consciente o no, es inevitable y no permite escribir sin involuntarios adornos tendenciosos¹.

Por tanto, si atendemos como punto de mira al destinatario, escribir un comentario jurídico sin más, de cualquier tema, me parece, al menos, poco cariñoso, ¡y empeora geométricamente cuantos más profundo o argumentos requiera el tema!

La opción de escribir como abogado y comentar un caso divertido, «bonito»², desgraciado, real o imaginario tampoco resultaba una buena opción, porque como expliqué el día del homenaje y ahora se recoge también en este Libro, el Profesor Cachón también sabe más que yo de la profesión de abogado. Hemos comentado una y mil veces, aplicado a casos reales e imaginarios, el «Elogio de los jueces»; «El alma de la toga»; o incluso «Bromas y veras...»; y también «Memoria de Pleitos»...; y de forma más real cuando hemos tenido que predecir a distintos abogados, incluso —junto con nuestro querido Pedro Ruiz Soto— tuvimos que analizar y predecir la táctica del profesor Manuel Serra como contrincante. En fin, que de táctica profesional, nada puedo añadir que no sea repetir algo de sobra conocido por el profesor Cachón.

Ni siquiera puedo escribir un inocente cuento! Me lo impiden las ovejas, las blancas y las negras, y el insuperable espíritu del lobo. Y menos todavía un verso! Que no podré ejecutar aunque lo rejuzgue dos o más veces, incluso desde tierra firme no insular.

Después, con ayuda del fresco de este setiembre, la opción ha sido al final sencilla y paradójica. Precisamente el hecho de que el principal destinatario sea quien es, dispensa de la necesidad de pretensiones. Aquí no hay necesidad de demostrar nada. No hay que convencer ni seducir. A favor tenemos, en este solo caso, que no es necesario exponer todos los argumentos, ni siquiera ordenarlos. Nos conoce mejor que nosotros a nosotros mismos, se adelanta y sabe

1. La razón, quien la tiene, la tiene, y quien no, lo cree; y no hay manera posible de saber si la tienes o crees tenerla.

2. Así denomina el Profesor a los casos difíciles, como explicó Laura Cachón, la hija del Profesor, el día de su homenaje.

lo que se va a decir, no podemos ni siquiera sorprender. Y además no hay un resultado que obtener, y menos aún se requiere la vertiente psicología, sería perjudicial y más falsa que nunca.

Entiéndase bien, tampoco es que tengamos que tirar la casa por la ventana y no currarse el escrito, pero bastará con exponer con honestidad científica y de pensamiento (como siempre nos ha enseñado), con el esfuerzo del reconocido respeto y la merecida atención prestada al maestro, al amigo incondicional, que nunca se olvidará.

Así pues, el objeto de este escrito —en el sentido más procesal del término—, es la recopilación y exposición de diez ideas inconexas del proceso que, directa o indirectamente, han sido originadas —al menos en mí— en nuestros paseos peripatéticos, rutinarios de cada martes y jueves, y tardíos, que se iniciaban siempre sobre las diez de la noche desde su casa de Terrassa y después de cenar y de haber tomado algunas nueces con café.

No serán revelaciones largamente elaboradas, son una discreta selección de diez ideas o conclusiones desordenadas que a mí me parecen interesantes, y que algunas se han originado a lo largo de estos últimos años. Las buenas seguro que son de Manuel Cachón, y las malas mías. Se exponen al estilo moderno, sintético, que siempre ha gustado al maestro del maestro, el Profesor Ramos Méndez.

Y así, son ideas para pensar, que no requieren prefacios, ni introducción, ni los argumentos ordenados. El destinatario principal nos entiende mejor si no intentamos hacerlo. Basta, en este caso, dejar clara la idea. Nos movemos en el realismo jurídico, la doctrina monista, evitar idealismos. Y creo que el destinatario de este libro es un exponente de lo que podría llamarse realismo materialista español, que es una de las doctrinas de pensamiento más importantes que tienen origen, en parte al menos, en su tierra de León, y que se encuentran expuestas en la literatura del siglo de oro, que Manuel Cachón conoce mejor que nadie, y que descubrí —tras más de 25 años— que siempre la ha tenido presente, también en su discreto y fino estilo literario, para mí de los mejores de la literatura jurídica.

Vamos allá:

1. ¿Mejor demanda y contestación sin obligación de acompañar todos los documentos?

¿Sería un proceso más efectivo si las alegaciones se pudieran presentar sin documentos? La LEC de 1881 ya decía (art. 504) «... *documentos en que la parte interesada funde su derecho.*» que lógicamente no era sinónimo de fun-

damentales. Se refería a documentos imprescindibles para no causar indefensión al demandado, o a los documentos que eran presupuestos para interponer la demanda (Documento del que se pide la nulidad, certificado de matrimonio si se pide el divorcio), documentos de representación, los referidos a la capacidad para ser parte, capacidad procesal, etc..., pero no a todos los documentos, ni siquiera a los decisivos.

Y la LEC 2000 también dice (art. 265.1.1º), «*Los documentos en que las partes funden su derecho...*» pero después, el mismo artículo, incluye la necesidad de acompañar todos los demás. Por tanto, el criterio actual es que «las partes» deben acompañar los documentos en que funden su derecho y todos los demás cuyo «interés y relevancia» tenga algo que ver con las alegaciones. Como sabemos, sólo el actor podrá aportar nuevos documentos, por vía de la imprecisa causa del art. 265.3, que tantos problemas de interpretación causa cada vez que se tiene que aplicar.

Yo creo que era mejor esa opción de no obligar a las partes a tener que aportar todos los documentos. Se facilitaba que el demandado no supiera si el actor tenía o no un documento (que podía haber extraviado) y ello disipaba tentaciones del demandado de negar realidades a riesgo de ser temerario. Es decir, en la mayoría de casos, facilitaba, en beneficio de decir la verdad, pillar al mentiroso.

También por razones de economía procesal en algunos casos, como por ejemplo la necesidad de acompañar toda la documentación en casos de acciones de usucapión (documentación normalmente muy extensa) y sin conocer —el actor— si el demandado finalmente se allanaría. Con el coste de trabajo que supone recopilar y presentar la documentación sobre la usucapión para que, finalmente el demandado eventualmente se allanase³.

Los juegos a cuerpo descubierto no implican facilitar decir o descubrir la verdad.

2. El acta notarial de comunicación sin que conste como tal

En otras épocas anteriores, se permitía por el Colegio de Notarios acudir a la oficina de correos acompañado de un notario para que éste levantara acta del

3. Es habitual en casos de usucapión no conocer al demandado o su domicilio, y con la legislación de protección de datos se acentúa impedir notificaciones previas al demandado. Con lo que solo a través del proceso se pueden averiguar. La configuración actual del proceso civil junto con la protección de datos, pues, obliga muchas veces a unir al mismo tiempo dos situaciones que no compaginan bien, (1) el averiguar quién es el demandado o donde está y (2) a presentar con la demanda todos los documentos.

envío certificado de una determinada carta a una determinada persona. De manera que el destinatario no supiera que constaba, por acta notarial, no solo el certificado del sobre, sino también el contenido, es decir la comunicación de la carta que contenía el sobre. Era una versión «privada» del certificado administrativo.

De manera similar a la necesidad de acompañar los documentos con las alegaciones, este tipo de acta notarial permitía filtrar a las personas honestas de buena fe, y fomentaba precisamente que el destinatario formado, sabedor de esa posibilidad, siempre reconociese que había recibido la carta. O dicho de otra manera, si alguien estaba tentado de negar esa recepción con ese contenido, era fácilmente pillado aflorando el acta notarial.

Se ha eliminado esa posibilidad de comunicación por parte del Colegio de Notarios, por creer que ese modelo de acta notarial era algo así como «hacer trampas», y algo de eso hay, pero precisamente solo para pillar al tramposo.

3. El TS como legislador, o el nuevo artículo sobre la transacción ante el TS

La norma introducida por el Decreto-ley 6/2023, al regular el desistimiento de los recursos —art. 450.1 LEC— dice, literalmente: *«Todo recurrente podrá desistir del recurso antes de que sobre él recaiga resolución, excepto del recurso de casación una vez señalado día para su deliberación, votación y fallo.»*

Curiosa norma! ¿Serán ironías del título del Decreto-ley? *«... Resiliencia en materia de servicio público de justicia,...»*.

Se sabe el origen de la norma. Es una norma de creación jurisprudencial en «pleno» —nunca mejor dicho—. Así es, de la Sala civil del Tribunal Supremo que impuso —a determinadas entidades bancarias— multas al recurrente por desistir justo antes del día fijado para votación y fallo, y que después, lógicamente, fue anulada —la sanción— por la Sala de Gobierno del mismo Tribunal Supremo por Auto de 10 Octubre 2017, por infringir el derecho dispositivo (Fundamento Jurídico Segundo y Tercero), pero lo interesante está en el Fundamento Jurídico 4⁴, como veremos.

4. El Auto en su FJ4 dice algo bien conocido para cualquier litigante, literalmente: *«A este respecto hay que recordar que la existencia de un límite temporal es un acicate en toda negociación: quien no está acuciado por el tiempo puede permitirse rechazar ofertas que de otro modo tomaría en consideración. En otras palabras, informar al tribunal de la existencia de una negociación puede llevar a una demora en el señalamiento a la espera del resultado de la negociación, algo que puede a su vez perjudicar la negociación misma. A ello debe añadirse que es posible que el tribunal se forme anticipadamente alguna opinión sobre la cuestión*

Las influencias del poder judicial en el ejecutivo son evidentes con esta norma. Si no se puede multar por desistir, pues impidamos desistir. Muerto el perro...!

Pero claro, tras la perturbadora idea de la norma aparecen consecuencias, porque guste o no, hay una realidad, al menos física, que ni el tribunal Supremo podrá evitar. Y ello originará más de una duda y preguntas que nos llevan a situaciones curiosas, valga el eufemismo.

¿No podrán los abogados llegar a un acuerdo una vez dictada la Diligencia de Ordenación que fije el día para deliberar?

El texto literal de la norma no prohíbe llegar a un acuerdo —se puede imaginar que estuvieran tentados de prohibir eso también—, solo prohíbe desistir del recurso. Pero si son ciertos los argumentos que el Auto esgrime en su Fundamento Jurídico 4 para anular la sanción, es posible que se impida en realidad llegar a un acuerdo.

¿Es discutible que en fase de recursos el desistimiento es necesaria consecuencia de la transacción? ¿Podremos llegar al acuerdo pero solo al clandestino, porque no será efectivo el homologado? ¿Podremos llegar al acuerdo de que al no poder llegar a un acuerdo homologado —y desistir— sea cual sea el resultado de la sentencia (incluidas laspreciadas costas) se aplicará la transacción? Total: ¿Hará falta no decirle al tribunal que hemos llegado a un acuerdo? ¿O será obligatorio? ¿Será un estafa procesal, o solo pecado?

¿Será pues posible una transacción que no implique un desistimiento del recurso? ¿Gustaría a los tribunales? Es decir, ¿gustaría al tribunal que, aunque las partes hayan llegado a un acuerdo, esperen a la Sentencia para comunicarlo por el simple hecho de la curiosidad del resultado?

debatida a partir de la mera noticia de que las partes están negociando. Puede haber, así, razones legítimas por las que las partes prefieran no informar al tribunal de la existencia de una negociación entre ellas; máxime habida cuenta de que ninguna norma les obliga a hacerlo.

Para disipar cualquier posible malentendido sobre cuanto acaba de decirse, conviene reiterar que lo que se le reprocha a la entidad recurrente es únicamente haber desistido del recurso de casación en el último momento y sin ninguna advertencia previa de que ello podría ocurrir. La imposición de la multa no responde a ningún otro hecho o circunstancia, ni de las actuaciones resulta que la entidad recurrente hubiese llevado a cabo alguna otra actuación ilegal o irregular. Ésta es la premisa de la que parte todo lo razonado hasta aquí.»

Efectivamente no tendría ningún sentido comunicar con tiempo al tribunal que las partes están llegando a un acuerdo, sería en muchos casos poner una bomba en la línea de flotación de la transacción, la acción de transigir se destruye si comunicas al tribunal que realmente quieres transigir: Si en un cruce un conductor napolitano te mira a los ojos, significa que te dejará pasar.

5. El mismo Auto, en este FJ 4 reproducido, da por sabida la conexión del desistimiento con la negociación. El primero es causa necesaria de la primera. En realidad a grandes rasgos, y sin poderlo decir el Auto, se concluye que, si se impide el desistimiento en las fases de recurso, se impiden prácticamente todas las formas alternativas a la sentencia de resolución de conflictos.

Creo que no se han medido las fuerzas ni los efectos de la norma: La norma somete a todos por culpa de un pulso de vanidad. Unos pocos casos de entidades bancarias que por razones que no vienen al caso desistieron justo antes de que el TS sentara doctrina. Como si antes el Tribunal Supremo hubiera tenido reparos en publicar Acuerdos de Sala que invaden al legislativo.

También hay cuestiones curiosas respecto del tiempo: La norma no dice «hasta unos días antes» del día de la deliberación, sino desde que se haya señalado ese día: «... *una vez señalado día para su deliberación, votación y fallo.*» Y claro, puede suceder que desde que se haya señalado la fecha, hasta que se celebre la deliberación, haya un gran lapso de tiempo (no descubrimos nada nuevo bajo el sol). Esperemos que al ser una norma de creación jurisprudencial —de pleno— no necesitará precisarse su interpretación —de nuevo— por la jurisprudencia.

Curiosa norma!

¿Y será realmente eficaz esa norma? Veamos: Si las partes llegan a un acuerdo que implica el desistimiento del recurso, o que lo deja carente de utilidad por carencia del objeto, y se comunica a la Sala: ¿Dictarán igualmente una Sentencia? Comunicar que se ha llegado a un acuerdo después «*de señalado día para su deliberación, votación y fallo*»: ¿Será sancionable con multa por mala fe procesal? ¿Será útil y efectiva igualmente la Sentencia, o bien la transacción? ¿La homologarán?

¿Que hará el abogado prudente —o ingenuo— ante tal norma? Presentará un escrito: «*les comunico que hemos llegado a un acuerdo, y que dicho acuerdo deja en realidad sin efecto el recurso, porque hemos acordado no ejecutar la eventual sentencia sino solo la transacción, pero como no se puede desistir dejamos claro que no desistimos, dicten ustedes la sentencia igualmente que no queremos que parezca que han trabajado en balde...*»

Se supone que los demás tribunales, básicamente las Audiencias provinciales, podrán calificar de mala fe procesal el desistimiento justo antes «... *una vez señalado día para su deliberación, votación y fallo*» e imponer la multa? ¿Esta norma también es aplicable a las otras jurisdicciones del Tribunal Supremo, o solo a la Sala civil que la ideó?

Más preguntas, —disculpen pero, incluso es difícil evitar ser algo metafísico— ¿Es dispositivo para un tribunal decidir si un desistimiento existe, pero no me refiero al principio en sí —me refiero a posible realmente—, sino que un tribunal, incluso el Supremo, puede sostener que no es lo que es?

¿Y el supuesto invertido?: Es decir: ¿Y si el recurrido —una vez ha pensado bien los argumentos del recurrente— cumple con el objeto del recurso, y desaparece el objeto del recurso, es decir en realidad desiste, o desaparece. ¿Tampoco podrá ser? ¿Si se convence al recurrido y éste cumple, tampoco se puede desistir del recurso?

¿En estos casos, será inevitable la Sentencia? ¿Se permitirá transigir a pesar de lo que establezca la Sentencia futura que se ha transformado en inevitable? Y después: ¿Será nula la transacción —pero solo la hecha después del señalamiento para deliberar—? ¿Nos obligaran a ejecutar la Sentencia? Puntualizo: ¿Tras la Diligencia de Ordenación que fije el día de deliberación dictada por el Secretario será obligatoria la ejecución? ¿Tampoco se podrá transigir una vez dictada la Sentencia?

4. «Las partes de mutuo acuerdo podrán modificar los pactos de este contrato»

Este texto del título ha sido y todavía está presente en algunos contratos. Pues bien, lejos de ir desapareciendo, se ha «reproducido». Lo que era un defecto de redacción en algunos contratos ha pasado a «institucionalizarse» ahora como texto legislativo. Así es, el innovador legislador en este Decreto-Ley ha adaptado la frase homóloga. Y textualmente el actual artículo 147 LEC tercer párrafo dice:

«Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse, salvo en aquellos casos en que una ley así lo determine.»

Parece que es buena época para jubilarse, y por eso mejor no tocar más sobre las «novedades» del Decreto-ley 6/2023, podrían acumularse libros en homenaje a procesalistas jubilados anticipadamente.

5. Tres ideas sobre el juicio monitorio

El monitorio si no puede ser simple, mejor no ser.

El actual (desde la reforma de 2015) juicio verbal derivado del monitorio beneficia al litigante que no tiene razón.

La petición de juicio monitorio no es una demanda: ni lo puede ser, ni lo puede parecer.

6. Insuficiente plazo de 20 días para contestar una demanda

Se confirma: Definitivamente, 20 días hábiles para contestar una demanda, es poco tiempo. Y 10 días para contestar una demanda de juicio verbal (ahora ya de hasta 15.000€ de cuantía) no solo es muy poco tiempo sino que parece una ofensa al derecho de defensa y a la calidad de la justicia.

Recordemos que el juicio verbal, se justificó en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los litigios caracterizados *«en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido y, en segundo término, por su pequeño interés económico»*.

La cuantía de 15.000€ es una cantidad elevada para la mayoría de ciudadanos. Ya sabemos que la cuantía inicial de 500€ no descarta la complejidad del objeto de debate, pero es que ahora, 15.000€, es el salario neto de muchos trabajadores españoles, y por tanto, para ellos esa cuantía siempre implica un grado de detalle que conlleva complejidad (quizá aquí se merece otra idea de distinguir algo que parece sutil pero no lo es: que lo complejo no necesariamente es profundo, y al revés puede ser también pero en menos ocasiones). Conclusión: Objetivamente un juicio de 15.000€ es mucho dinero, implica, necesariamente que el juicio se convierta en complejo, es decir, laborioso. Y 10 días como plazo para contestar esa complejidad son pocos días. ¿Son suficientes 5 días para escoger y encontrar abogado? ¿Y otros 5 días para que reunirse, contestar la demanda y preparar toda la prueba de documentos? ¿Esas prisas son buenas para el derecho de defensa? ¿Son buenas para la justicia?

La desproporción entre el plazo para contestar y el plazo para celebrar el juicio verbal es apabullante. Entre la presentación de la demanda y el señalamiento del juicio verbal se superan, en la gran mayoría de los casos, los 180 días. Y es poco frecuente que antes de los 270 días se dicte sentencia. ¿Porqué solo 10 días para contestar?

7. Mejor prescindimos del juicio verbal

Ya puestos, mejor quitar el juicio verbal (por razón de la cuantía).

Además ya no es verbal, al menos no más verbal que el ordinario.

8. Insistimos. Los plazos independientes para contestar la demanda

Ya comentamos incluso al inicio de los paseos que me parece mejor que el plazo para contestar la demanda comience para todos los pluridemandados con el emplazamiento del último de todos ellos. Beneficia la posibilidad de litigar unidos, y por tanto mejora la sencillez del proceso, lo cual beneficia precisamente al actor. También disminuye costes. Dificultar que los demandados litiguen unidos es algo que perjudica a todos, hace el proceso farragoso.

9. *Reconventio reconventionis*

Para ser congruentes, la reconvencción de la reconvencción debería estar permitida en un sistema como el nuestro en que se exige la conexión. No debería haber inconveniente en permitir a las partes discutir cualquier pretensión sin límite de peticiones cuando es una misma pretensión conexa.

Máxime si atendemos al art. 408 LEC, que permite la compensación (derecho inconexo⁶), y además, si el mismo actor principal, como demandado de reconvencción, puede a su vez alegar la compensación del art. 408 (deuda inconexa) como excepción a la demanda de reconvencción, que daría derecho al actor de reconvencción a contestar de nuevo sobre ese derecho inconexo eventualmente compensable⁷.

En definitiva, creo que si se permite la compensación (inconexa) debería permitirse la *reconventio reconventionis* conexa.

10. Sobre el proceso de ejecución del artículo 552-11 CCCAT derivado de la *Actio communi dividundo*

La Sentencia del TSJCat de 30 Octubre 2020⁸ (igual que la anterior de 5 diciembre 2019) sienta un criterio discutible, consistente en privar de la posibilidad de

6. La compensación del artículo 1195 del Código civil, como prevé el artículo 408 y concretamente el 438.2 LEC para el juicio verbal, hace referencia a aquellas compensaciones de deudas que tengan que ver con títulos o contratos o relaciones jurídicas diferentes (STS de 7 de junio de 1983, Id Cendoj: 28079110011983100164), cuando provienen del mismo título no son propiamente compensaciones sino liquidaciones.

7. Incluso se podría estudiar la posibilidad por segunda o tercera vez de plantear un nuevo crédito recompensable por parte del actor de reconvencción, pero de momento mejor lo dejamos para otra ocasión, pues para mostrar la idea es suficiente lo dicho.

8. «2. Según la normativa antes expuesta no existe para el copartícipe la alternativa que pretende la parte demandada ahora recurrente en casación (bien mostrar un interés por la adquisición del bien indivisible, bien

acudir a la subasta al actor o demandado copartícipe que durante el proceso declarativo o ejecutivo haya mostrado, o no, interés en la cosa.

Es un criterio que no beneficia al actor ni al demandado.

Precisamente cuantos más verdaderos interesados haya en una subasta, mejor para todos. En nada perjudica a la parte contraria que la otra parte que haya mostrado interés en el pleito, después acuda a la subasta si al final no se quedó con el objeto por el precio finalmente valorado en la sentencia. Claro que no parece discutible que el interés en la subasta deriva de la intención de abonar a los coparticipes por su parte de la propiedad un precio inferior al establecido pericialmente, pero también existe el riesgo de adjudicárselo por más, en beneficio del resto de comuneros, o simplemente de —al intervenir en la subasta el único que tenía verdadero interés— haga subir el precio del objeto —pues tiene algún interés— aunque finalmente no se lo adjudique él.

Desde luego el litigante que ha mostrado interés en el pleito, lo muestra para un determinado objeto, pero con dos notas o condiciones que deberían sobreentenderse; el precio y el tiempo. Además ambas notas están interrelacionadas, pues el tiempo modifica el precio, y viceversa, el precio afecta también al tiempo⁹. Es decir, la cosa interesa solo si es por un tiempo y por un precio, como cualquier contrato sinalagmático traslativo. Y desde luego, el interés, pues, se muestra en ese posible abanico subjetivo de cada uno, (yo soy yo y mis circunstancias).

no mostrarlo y acudir a la subasta) y la sentencia no infringe el art. 552-11.5 sino que le da efectivo cumplimiento. 3. Si alguno de los coparticipes tiene interés en la adquisición del bien lo ha de indicar así, sea en la fase declarativa del procedimiento de división si se discutió en ella el procedimiento para su cese, sea en la fase de ejecución si no se resolvió antes, como sucedió en el presente caso (STSJCat 79/2019 de 5 de diciembre). Solo si (o en el caso de que) ningún cotitular tenga interés, procede la venta que necesariamente será a terceros. 4. De este modo, no cabe que el cotitular intervenga en la subasta, pues su participación demuestra que sí tenía interés en la cosa y, por tanto, que debió solicitar su adjudicación pagando a los demás el valor pericial de su participación que en ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación. 5. Esta interpretación no solo resulta acorde con la propia literalidad de la regulación legal sino también con el principio general de buena fe que se extiende en Cataluña a todo tipo de relaciones jurídicas privadas (art. 111-7) y que inspira buena parte de la regulación de sus instituciones (vide art. 621-45 y 621-46 del CCCat) pues la acción de división no puede beneficiar a uno de los partícipes en detrimento de los demás. Antes bien, al final del proceso, todos deben ver preservado por igual el valor económico de su propiedad en función de la participación que sobre ella tenían. 6. Este principio no se cumpliría si uno de comuneros —el que participa en la subasta— conserva el valor de la parte que le corresponde y paga a los demás un menor precio por las suyas. No parece discutible y —así se admite en el recurso, epígrafe 3.3— que el interés de la recurrente en la subasta deriva de la intención de abonar a los coparticipes por su parte de la propiedad un precio inferior al establecido pericialmente, en contra de las previsiones del art. 552-11.5.»

9. No dedicamos el mismo tiempo a las cosas que tienen distinto valor (y no solo nos referimos al valor económico).

La Sentencia que se comenta parece olvidar eso. ¿Qué hay de malo en que quien tuvo interés deje de tenerlo si el valor que fija la sentencia es superior al que estaba dispuesto a pagar, o la sentencia —definitiva y firme— ha tardado tanto tiempo que las circunstancias en que se mostró el interés han cambiado? ¿Entonces por qué se le priva de poder acudir a la pública subasta?

Por otra parte, creo que cuando el artículo 552-11 CCCat dice «interés» es precisamente solo eso, «interés»¹⁰. Es decir, un «deseo» o «inclinación» para obtener el bien. Si el legislador hubiera querido algo más no parece lógico que haya usado la palabra «interés». No se dice de ninguna manera en un sentido de una oferta vinculante. Y al mismo tiempo, creo perfectamente admisible que el artículo permita, en una demanda o en una contestación —de *actio communi dividundo*—, que se lance una oferta vinculante de adjudicación por un precio y un tiempo. Pero lo que no se comparte es lo que establece la Sentencia que se comenta, de prohibir acudir a los cotitulares a la subasta ya que tuvieron la posibilidad durante el proceso de mostrar —o no— su interés por el bien, ya sea durante la fase declarativa o la ejecutiva. Nos parece más razonable una interpretación más flexible y libre, es decir, interpretar que el artículo permite mostrar ese interés, y que no lo configura como una obligación a los cotitulares que prohíba después acudir a la eventual subasta posterior excluyéndolos del proceso de ejecución. No creemos que esta norma procesal —como el proceso en general— deba ser imperativa sino como una mera posibilidad.

Claro, partimos de la dificultad añadida de que la norma 552-11 CCCat no dice si es una norma destinada a la fase declarativa o a la ejecución¹¹.

Sea como fuere: ¿Qué inconveniente hay en especificar en la demanda o en la contestación que, de forma genérica, abierta o indeterminada— se tiene interés en la adquisición del bien? ¿A quién perjudica?

Esta fórmula más libre, permitía a quien tiene un interés en adjudicarse el bien del que ya es cotitular con preferencia a un tercero. ¿Qué inconveniente hay? Creemos que en definitiva no se puede obligar a un cotitular a comprar por el

10. 1. Según la RAE: 'Inclinación del ánimo hacia alguien o algo' y 'deseo de conseguir algo'. Suele llevar un complemento introducido por *en* o *por*: «¿Quién tenía interés en eliminarlo?» (UPietri Oficio [Ven. 1976]); «Ya no sentía vergüenza de su interés por músicas comerciales y pegadizas» (GaSánchez Historia [Esp. 1991]). Con el primer sentido, el complemento puede ir también precedido de *hacia*: «Edmundo habría de sorprenderse notando un cierto interés hacia la radio» (Gopegui Real [Esp. 2001]).

11. Perdonen ustedes la osadía, pero se echa de menos que en la Acadèmia de Legislació i Jurisprudència de Catalunya no solo no esté el Profesor Cachón, sino que no haya ni un solo profesor de derecho procesal. Se olvida que «lo sustancial se vuelve procesal» y que en el plano normativo el idealismo siempre debe ceder a lo efectivo.

precio justo y al resto de personas que sean terceros por el que libremente quieran y resulte de una subasta pública.

Si la jurisprudencia quisiera potenciar la postura de la Sentencia que comentamos, con la creencia de que es más lógico o beneficia a los cotitulares, podría imponer las costas de la ejecución al cotitular que se adjudicara la cosa por el precio fijado en la sentencia o por un precio inferior, pero no privarlo de acudir a la subasta.

Otra cosa sería que la jurisprudencia matizara que, si en fase de ejecución (es decir, con sentencia firme y precio determinado y conocido), quien hubiese mostrado interés por la cosa por el valor fijado en la sentencia al final no lo hubiera adquirido en ejecución, y después acudiese a subasta. Entonces, y solo entonces, —y aunque tampoco compartimos esta interpretación— al menos sería más benevolente y esta interpretación, aunque restrictiva, no privaría al cotitular de pujar por un precio inferior al fijado en la sentencia lo cual solo podría beneficiar a los demás cotitulares. Pero la postura de que se le prive de acudir a la subasta nos parece errónea.

Tal vez pueda parecer que —aplicando alguna teoría de juegos— esta interpretación beneficie a largo plazo a los cotitulares en general, pues presumiendo que los copropietarios siempre estarán más interesados que los terceros, si conocen que se les priva de intervenir en la eventual subasta, ello implicará que siempre se adjudique el bien a uno de ellos por el precio más justo. Y tal vez la idea, como tal, sea muy acertada en algunos casos, pero esa idea, bien intencionada, choca con otra realidad tal vez más decisiva. Normalmente a quien más perjudica privar de acudir a la subasta es al cotitular que puede tener algún interés, y en cambio, al cotitular que no ha mostrado ningún interés, es decir, al que le da igual lo que suceda, es a quien en definitiva beneficia la norma interpretada como lo hace la Sentencia. Además que, a los cotitulares, habitualmente familiares de un bien también familiar, les debería agradar que sea el otro familiar cotitular quien se adjudicara precisamente la cosa antes que a cualquier tercero desconocido. Parece que, lo lógico es que quien está como parte en el proceso, lo ha promovido o ha participado directamente en él, deba tener preferencia de adquisición frente a terceros. Por esa razón, desde nuestro punto de vista, la norma debería ser interpretada prácticamente al revés de cómo lo hace la Sentencia: En nuestra opinión, la intención de la norma, lejos de prohibir acudir a subasta con los terceros, es favorecer a los cotitulares tener preferencia frente a esos terceros, de manera que, como cotitulares, quien tenga o puede tener interés en quedarse la finca, se la pueda quedar por el precio «justo» que declare la sentencia con preferencia a terceros que pudieran acudir a una eventual posterior subasta si durante la fase declarativa o mejor de ejecución muestra su interés, y entonces, y solo entonces si uno tiene inte-

rés y el otro no se la queda por el precio fijado, y si ambos tienen interés juega la suerte. Y si al final nadie muestra su interés, todos pueden acudir y pujar en la subasta, junto con los terceros, ya sea para quedarse la finca ya sea con el único objeto de pujar para subir el precio de la subasta. Para nosotros esa es la verdadera, loable y mejor intención que puede tener la norma, lejos de la interpretación negativa y cicatera de privar precisamente a los cotitulares su intervención en la subasta.

Además la Sentencia dice textualmente: «... *procede la venta que necesariamente será a terceros*. Y la norma o normas contenidas en el artículo 552-11 CCCat no dice nunca la palabra «tercero». Dice «... *Si cap cotitular no hi té interès, es ven i es reparteix el preu.*» No dice que haya de venderse necesariamente a un tercero, y no parece que quiera excluir al cotitular de poder intervenir en la pública subasta.

A efectos más pragmáticos, la buena intención de la norma es también algo ingenua, pues no priva que pueda pujar un tercero y ceder el remate a cualquiera de los cotitulares.

Y finalmente si la interpretación que hace la sentencia fuera la única posible, prohibir la intervención en la subasta judicial de los cotitulares, creemos que entonces el artículo podría ser declarado inconstitucional por infracción del artículo 148.1.6ª de la Constitución Española. Pues no existen —ni las señala la Sentencia— diferencias significativas en materia de división de la cosa y respecto de la legislación del Código civil, para justificar que el derecho de Cataluña tenga *peculiaridades de derecho sustantivo* que permitan establecer y justificar que en la subasta pública en Catalunya se prohíbe la intervención de los cotitulares y que únicamente quede reservada solo para terceros. Y en fin, la referencia genérica que hace la Sentencia al «*principio general de buena fe*» no parece que sea un principio más preponderante en las instituciones catalanas que en el resto de las españolas.

XIX | Cláusulas abusivas, control de transparencia y tutela judicial colectiva de consumidores. Asunto C-450/22 — Caixabank y otros: del TS al TJUE y vuelta¹

Manuel Ortells Ramos²

Catedrático de Derecho Procesal. Profesor emérito.

Universitat de València

1. Desconcierto respecto de la tutela judicial colectiva por cláusulas abusivas y una nueva oportunidad de aclaración

El régimen de la tutela judicial colectiva en sentido amplio respecto de relaciones de Derecho privado cuenta, entre nosotros, con normas de un considerable periodo de vigencia. Han sido, incluso, parcialmente reformadas para, cabe pensar, perfeccionar su eficacia. Su aplicación ha ido creciendo progresivamente, lo que facilita evaluar su efectividad con realismo.³

Por otro lado, se puede constatar que, junto a la aplicación más o menos segura y acertada de ese régimen, también se ha optado en la práctica por otras alternativas de tratamiento de los litigios masivos, utilizando instrumentos procesales ya existentes, aunque no diseñados para litigios de la complejidad de los actuales.⁴

1. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i (PID2021-122569OB-I00: Instrumentos para la justicia civil ante los litigios-masa. En especial, acciones de representación y régimen del proceso testigo), financiado por CIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa». IP. Alicia Armengot Vilaplana. Redacción finalizada el 24 de julio de 2024.

2. Este trabajo está dedicado a Manuel Cachón Cadenas, con motivo de su jubilación. Un jurista de su talla merece algo mejor. Su bondad, y la amistad que nos une, disculparán sin duda las deficiencias.

3. ORTELLS RAMOS, M., «Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas», cit., pp. 25-81; ARMENGOT VILAPLANA, A., *Hacia la reconstrucción de la acción colectiva*, cit., passim.

4. ORTELLS RAMOS, «Tratamiento de litigios masivos», cit. pp. 183-198; «Litigiosidad masiva y proceso civil», cit., pp. 241-252; MARTIN PASTOR, J., *Las técnicas de reparación judicial colectiva*, cit., pp. 143-146.

En todo caso, las situaciones litigiosas de carácter masivo han estimulado una oferta de servicios profesionales de defensa jurídica que, junto a intentos de llevar al límite el uso de los instrumentos procesales preexistentes, han tendido a la seriación de demandas y de procedimientos.⁵ Esta tendencia ha encontrado, a su vez, respuestas específicas del legislador, precedidas por propuestas del Poder judicial, consistentes en nuevos instrumentos procesales, como medios de solución extrajudicial con incentivos para su utilización previa a la demanda,⁶ la concentración de la competencia objetiva sobre ciertas clases de litigios en algunos órganos jurisdiccionales y la regulación del proceso testigo.⁷

Este trabajo se refiere a los litigios sobre cláusulas abusivas —en especial, los que requieren control de transparencia— que han sido objeto de todas las modalidades de tratamiento de la litigiosidad masiva que acabo de mencionar. Además, está acotado por un motivo de desconcierto provocado por la aplicación judicial del régimen de la tutela judicial colectiva, en sentido amplio.

El adjetivo «colectiva» aplicado a tutela judicial o a acción judicial es ambiguo. Tiene dos significados que indican modalidades de tutela diferentes por sus presupuestos, tratamiento y efectos:⁸

- 1º) Protección judicial de derechos e intereses jurídicos colectivos, no individualizables, sino propios de un grupo social, de composición definida o no y de amplitud diversa. En mi opinión, la expresión tutela judicial colectiva refleja con exactitud este significado.
- 2º) Protección judicial de series de derechos e intereses jurídicos individuales, de individuos pertenecientes a un grupo, más o menos amplio, identificados con diferente precisión, cuya necesidad de tutela judicial

5. ORTELLS RAMOS, «Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica», cit.

6. BELLIDO PENADÉS, R., *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva*, cit., pp. 52-58, 73-79.

7. ORTELLS RAMOS, «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo», cit.; REYNAL QUEROL, N., «El proceso testigo...», cit., pp. 65-121.

8. Remito, solo en la bibliografía española y sin exhaustividad, a GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P.: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, que distingue la tutela judicial de intereses jurídicos supraindividuales (pp. 110-113) y la de derechos individuales plurales o pluralidad de derechos individuales conexos (pp. 441, 484-485); similarmente ARMENTA DEU, T.: *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 32-34; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 100-115; muy ampliamente, JUAN SÁNCHEZ, R.: *La legitimación en el proceso civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, que se refiere a la tutela de intereses supraindividuales o colectivos (pp. 177-184) y a la de intereses pluriindividuales homogéneos (pp. 168-170); LÓPEZ SÁNCHEZ, «Acciones con trascendencia supraindividual», cit., distingue, pp. 1895-1913, las acciones colectivas de la colectivización de acciones individuales.

deriva de una causa en alguna medida común y que es pretendida conjuntamente. La expresión que más precisamente denota este significado es la de petición colectiva de tutelas judiciales individuales conexas.

Dos casos son paradigmáticos de cada una de esas modalidades: el que se inició con una demanda de AUSBANC y concluyó con la STS, Civil, Pleno, 9 de mayo 2013 y el que comenzó con una demanda de ADICAE, resuelta en primera instancia por sentencia de 7 de abril de 2016 del Juzgado de lo Mercantil, núm. 11 de Madrid, que sigue pendiente de recursos ante la Sala de lo Civil del TS. Ambos casos se refieren a cláusulas abusivas en contratos con consumidores, con la característica adicional de que la ilicitud de las cláusulas deriva de su falta de transparencia; en concreto, son cláusulas sobre tipo de interés variable, aunque con límites a su variación, en contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Otro dato que hace interesante su examen es que el tratamiento de ambos casos, aunque más destacadamente el de la demanda de ADICAE, ha manifestado una tendencia a la confusión entre las dos modalidades de la tutela judicial colectiva en sentido amplio.

La Sala de lo Civil del TS, antes de resolver los recursos que penden ante ella en el caso de la demanda de ADICAE, ha pedido una decisión prejudicial, que ya tiene respuesta en la STJUE, Sala 4ª, 4 de julio de 2024, asunto C-450/52.

1.1. El caso de la demanda de AUSBANC, sobre cláusulas suelo, resuelto por la STS, sala primera, pleno, 9 de mayo de 2013

Este caso —al que nos referiremos en este trabajo como caso de la demanda de AUSBANC— es paradigmático de la tutela judicial colectiva en sentido estricto. En la demanda inicial, AUSBANC pretendió, frente a tres entidades bancarias, la declaración de nulidad por abusivas de determinadas cláusulas sobre intereses variables, pero con límites a su variación, en contratos de préstamo hipotecario con consumidores, y la condena a abstenerse del uso de esas cláusulas. En definitiva, la STS acabó concediendo esa tutela en cuanto a las cláusulas identificadas, siempre que, además, presentaran unas características que la sentencia sintetizó en el apartado 7ª del fallo y que, después, aclaró mediante el auto de 3 de junio de 2013.

También es relevante apuntar que, en el proceso, no se realizaron los llamamientos previstos en el art. 15 LEC. Interpuesta solamente una pretensión de condena a cesación, tales comunicaciones no eran preceptivas (art. 15.4 LEC, reformado por la Ley 39/2002). La razón de esta norma no es, o no es principalmente, como dice la exposición de motivos de la Ley 39/2002 remitiendo a lo que justifica la adecuación del juicio verbal, «el fin de garantizar la rapidez

de los procedimientos judiciales en los que se ejerciten dichas acciones», sino simplemente que las personas afectadas en sus relaciones jurídicas individuales por la cláusula litigiosa, si bien están legitimadas para pedir la declaración de nulidad en su contrato y la condena a las consecuencias derivadas, no lo están para pretender una condena a cesación.⁹

La sentencia del TS no abría el acceso a la posibilidad procesal prevista por el art. 519.1 LEC a los consumidores con contratos con las entidades bancarias demandadas y condenadas, porque no se había interpuesto, ni estimado, ninguna pretensión de condena dineraria fundada en la nulidad de las cláusulas y del modo de utilizarlas en los concretos contratos (art. 221.1. 1º LEC). En este aspecto, no hubo riesgo de que la tutela colectiva en sentido estricto, pretendida y concedida en el caso, fuera tratada como una petición colectiva de tutelas individuales conexas. Sí que había, sin embargo, una semilla de confusión en lo que, tanto la pretensión de la actora, como en el pronunciamiento judicial, llaman «declaración de nulidad de la cláusula». Probablemente, la expresión es inevitable, porque el art. 12.2 LCGC vincula la condena a cesación con las condiciones generales «que se reputen nulas». Ahora bien, entre esa declaración de nulidad de la cláusula como abusiva a efectos de la condena a cesación y la declaración de nulidad de la cláusula en un contrato concreto, media la verificación jurisdiccional de que la cláusula y el modo de su incorporación al contrato se corresponden con lo que ha prohibido la sentencia de condena a cesación.

El paso práctico hacia la confusión —pronunciamiento sobre efectos de relaciones jurídicas individuales en una sentencia de condena a cesación (estricta tutela judicial colectiva)— lo dio la sentencia al resolver, con los razonamientos de su FD 17º conducentes al pronunciamiento del apartado 10º del fallo, que: «No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

La drástica separación entre las pretensiones de tutela judicial colectiva y las pretensiones individuales pudo alentar la tesis de que el pronunciamiento limi-

9. Es cierto que, en alguna de estas materias, también se atribuye legitimación para la acción de cesación a los titulares de derechos e intereses legítimos afectados (p. ej. art. 25.1 LGPu/1988 —aunque esta legitimación ya no subsiste con el nuevo art. 6.1 LGPu/2009—; art. 31, a, Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información). Prescindiendo, ahora, de un análisis más profundo de los perjuicios para la tutela colectiva que pudieran derivar de un ejercicio individual fallido de la acción de cesación, lo decisivo es que los titulares de derechos e intereses legítimos individuales no pueden, con su inactividad, impedir que la tutela de alcance colectivo sea admisiblemente pretendida por entidades cuyo fin es la defensa de intereses colectivos afectados por la conducta ilícita.

tativo que se acaba de mencionar no tenía efecto para las segundas, de modo que éstas se plantearon sin atender a ese límite.

Hasta que la STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, estableció que la limitación temporal establecida por la STS de 9 de mayo de 2013 era contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13, se generó un debate muy específico respecto de los efectos de la STS, porque, no debiendo ser su objeto una petición colectiva de tutelas judiciales individuales, sino una petición de tutela colectiva en sentido estricto (cesación de «cláusula suelo» en cuanto abusiva), la sentencia extendió su pronunciamiento, más allá de la declaración de ilicitud de la cláusula, a la delimitación temporal de la obligación de devolver pagos indebidos. Las AP, al resolver sobre procesos individuales, se consideraron vinculadas a respetar el *dies a quo* establecido por la STS 9 mayo 2013 para esa obligación de devolución, si consideraban ilícita la cláusula enjuiciada en el proceso individual por ser igual a las consideradas como tales por esa sentencia del TS. Algunas SAP entendían que esto era efecto de la cosa juzgada de la sentencia del TS.¹⁰ Otras, en cambio, negaron ese efecto, sin perjuicio de acabar revocando los pronunciamientos de instancia que habían desconocido los límites temporales de la obligación de devolución.¹¹

Incluso cuando el TS tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los efectos de su sentencia de 9 de mayo de 2013 respecto de acciones individuales de nulidad de cláusulas y condena a devolución —STS, Civil, 25 marzo 2015, RJ\2015\735— rechazó que el límite no afectara a la resolución sobre las acciones individuales. Es cierto que el motivo del rechazo no fue la existencia de cosa juzgada respecto de las pretensiones individuales de condena a devolución, porque la sentencia no puede más que reconocer que el proceso cerrado por la STS 9 mayo 2013 solamente tuvo el objeto de la acción de cesación, sin que se le acumularan «pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución» (FD 4º y 5º). Pero el rechazo se produjo con idéntica contundencia y efectividad al fijarse como doctrina jurisprudencial para las acciones individuales el mismo límite establecido por la STS 9 mayo 2013 al resolver la acción colectiva. El razonamiento (FD 8º a 10º) se formuló al resolver el recurso de casación y se desarrolló en el plano de la apreciación de la nulidad y sus efectos, solo que ahora ya no de la llamada (y perturbadora) «nulidad en abstracto», concomitante con el presupuesto de la condena a cesación, sino de la nulidad y sus efectos en las relaciones jurídicas concretas, que la sentencia sostiene que debe apreciarse del mismo modo que al juzgar sobre la acción de cesación.

10. AJMer Granada, 29 abril 2014 JUR\2014\131346; SAP Asturias, 5ª, 23 febrero 2015, JUR\2015\94221; también, aunque con alguna reticencia, SAP Barcelona, 15ª, 14 octubre 2014, AC\2014\1849.

11. SAP Málaga, 6ª, 14 septiembre 2015, Id Cendoj: 29067370062015100567; muy especialmente fj. 4º de SAP Burgos, 3ª, 6 julio 2015, Id Cendoj: 09059370032015100124.

1.2. El caso de la demanda de ADICAE, sobre cláusulas suelo, resuelto en primera instancia por sentencia de 7 de abril de 2016 del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid

Este caso —al que nos referiremos en este trabajo como caso de la demanda de ADICAE— es paradigmático de cómo una demanda con petición colectiva de tutelas individuales conexas acaba con una sentencia sobre tutela colectiva en sentido estricto y nada más.

La demanda inicial fue presentada por ADICAE contra varias entidades bancarias.¹² De los antecedentes de hecho de la sentencia se deduce también que, junto a ADICAE, la demanda se presentó por, al menos —no se puede precisar más, porque se utiliza la fórmula «y otros» tras la identificación de sus respectivos procuradores y abogados—, otras 16 personas físicas. Cabe pensar que la participación de estas personas, junto a ADICAE, sea el resultado de una comunicación de esta entidad a consumidores afectados que eran conocidos por la misma.

Admitida a trámite la demanda, se acordó la práctica del llamamiento previsto por el art. 15.1 LEC, en respuesta al cual se registraron lo que en los antecedentes de hecho de la sentencia se denominan adhesiones a la demanda por un número de personas de cuyo número no informan dichos antecedentes. En todo caso, si se atiende a los datos que constan en el ATS, Sala de lo Civil, Pleno, de 29 junio 2022, RJ\2022\4305, entre quienes se adhirieron a la demanda en su presentación y quienes expresaron su adhesión en respuesta al llamamiento, «se personaron individualmente ochocientos veinte consumidores en apoyo de las pretensiones de la demanda».

En la demanda se pretendían, de entrada, varias declaraciones para dejar establecido que las entidades demandadas utilizaban en sus contratos de préstamo hipotecario cláusulas sobre el interés variable que debían considerarse nulas por abusivas, y, a continuación, condena a cesar en la utilización de tales cláusulas, declaración de nulidad de las mismas en los contratos que las incluyeran, y condena en favor de cada uno de los consumidores a la devolución de las cantidades —a liquidar en ejecución de sentencia— pagadas indebidamente por tales cláusulas existentes en sus contratos. A la última petición mencionada se añadía la de que la sentencia fijara los datos para la posterior determinación de consumidores a efectos de su acceso a la posibilidad procesal

12. Ante la dificultad de especificar ese número a partir de los datos que reseña la propia sentencia en sus antecedentes de hecho, entenderemos que la demanda y sus ampliaciones se dirigieron frente a 101 entidades financieras, como indica el FD 1º del ATS, Sala de lo Civil, Pleno, de 29 junio 2022, RJ\2022\4305, mediante el que se plantean las cuestiones prejudiciales a las que nos referiremos en el apartado II.1.

prevista por el art. 519.1 LEC. También se pidió la publicación del fallo de la sentencia, la inscripción de la misma en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la imposición de una multa coercitiva por retrasos en el cumplimiento de la sentencia.

Según informa el antecedente de hecho 5º de la sentencia, antes de la audiencia previa, y a requerimiento del juzgado, ADICAE —sorprendentemente; no las personas que habían manifestado su intención de hacer «valer su derecho o interés individual» (art. 15.1 LEC), o que habían acudido al llamamiento (art. 15.3 LEC)— aclaró la demanda y la naturaleza del acto realizado por esas personas en el sentido de que no significaban interposición de pretensiones de nulidad del art. 8 LCGC —lo cual es bastante obvio, porque no habían presentado demandas individuales—, sino que se realizaban al amparo del régimen general de la intervención del art. 13 LEC. La situación procesal resultante es incomprensible, porque, a pesar de la aclaración, continúa siendo objeto del proceso la pretensión de condena a devolver pagos indebidos, que el juzgado considera justificada por el art. 12.2 LCGC (FD 10º, apartado 10.2 de la sentencia). Es decir, esa condena no es pretendida por los acreedores de tales devoluciones, aunque sí por ADICAE para ellos.

La sentencia de 7 de abril de 2016 del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, AC\2016\324, desestimó (FD 3º) que ADICAE careciera de legitimación activa por no estar demandando en favor de sus asociados, dado que tiene esa legitimación para actuar en defensa de los consumidores y usuarios según otros apartados del art. 11.3 LEC y los arts.16 y 12 LCGC. Aunque lo anterior conducía a los supuestos del art. 11.2 y 3 LEC y, efectivamente, se produjeron y fueron admitidas manifestaciones de voluntad de consumidores que se consideraban perjudicados por las cláusulas litigiosas, el juez, con la colaboración de ADICAE —por sus aclaraciones y la omisión de impugnación—, rebajó la eficacia de las mismas al apoyo de la pretensión de condena a cesación de ADICAE, excluyendo que significaran interposición de pretensiones individuales de nulidad y devolución (FD 4º), por lo que, consiguientemente, no procedía pronunciamiento sobre las mismas (FD 12º, apartado 5).

Sin embargo, junto con la estimación de la pretensión de condena a cesar en la utilización de cláusulas del estilo de las que reproduce en el FD 1º, apartado 1.3, la sentencia «condena a las entidades bancarias demandadas a devolver a los consumidores perjudicados las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, con los intereses que legalmente correspondan». Dado que la sentencia ha negado expresamente todo pronunciamiento sobre las pretensiones individuales, es razonable preguntarse cómo se delimita el alcance de esa condena. La respuesta es sorprendente. Por un

lado, la sentencia dice (FD 12º, apartado 3) que: «En el presente caso, no es posible determinar en la sentencia los adherentes beneficiados por la declaración de nulidad, dado que, de conformidad con la jurisprudencia del TS no se ha declarado la nulidad de todas las cláusulas suelo, sino única y exclusivamente de aquellas que no superen el doble control de transparencia». Por otro lado, eso no le impide considerar que cumple lo dispuesto por el art. 221.1.1ª LEC estableciendo que: «se verán beneficiados por los pronunciamientos de condena de la presente resolución (y en consecuencia, podrán exigir la supresión de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la misma) todos aquellos consumidores que hayan suscrito un contrato de préstamo hipotecario con las entidades bancarias demandadas y en cuyas condiciones generales de la contratación se haya incluido una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés idéntica a las transcritas en la presente resolución y *no transparente* (énfasis de la sentencia)».

No sé si me equivoco si digo que ese pronunciamiento solo vale —y eso en el caso de que no lo impida la petición de principio que incluye— para delimitar la orden de cesación, dejando completamente abiertas las posibilidades de resolución respecto las pretensiones individuales. Ni siquiera servirá la pretendida declaración de «nulidad abstracta» de determinadas cláusulas, porque la misma se hace en cuanto «no sean transparentes». Es decir, la sentencia cumple —a su manera— el art. 221.1. 2º LEC, más que el art. 221.1. 1ª, pár. 2 LEC.

La SAP Madrid, 28ª, 12 noviembre 2018, Id Cendoj: 28079370282018100409, confirmó la de primera instancia salvo en algunos puntos; el principal, eliminar el límite inicial del derecho a la devolución, dado que ya se había dictado la STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016. Por lo demás, abundó en argumentación, no siempre asequible, acerca de que ninguna relación jurídica individual podía y debía ser juzgada y, efectivamente, no lo había sido. Desestimó (núm. 178-180 de los fundamentos de derecho) alegaciones de recurrentes sobre el incumplimiento del art. 221.1.1º LEC e indicó que, caso de acogerlas, «se exigiría posteriormente el ejercicio de nuevas acciones individuales, en los casos de discordia, para poder controlar si en tal o cual caso se dan o no los parámetros fijados por la resolución del litigio de acción colectiva, convirtiendo sus pronunciamientos en meras generalidades», lo cual, si bien parece que la sentencia lo rechaza, convive en la misma con la afirmación de que la declaración de «nulidad abstracta» se hace «siempre sin perjuicio de que posteriormente, *si fuera preciso en forma litigiosa* (énfasis mío), podrían controvertirse los concretos supuestos en los que la situación individual pueda diferir relevantemente de los patrones de juicio que se tomaron en consideración en el análisis abstracto».

Para cerrar lo relevante, solamente en el resumen de la demanda que hace la sentencia de primera instancia, pero no en los pronunciamientos de esa sentencia, ni en su motivación, ni en la de la segunda instancia, se nombra el art. 519 LEC como vía para que las personas individualmente afectadas, pero sobre cuyo derecho no ha habido específico pronunciamiento en la sentencia, puedan obtener un título ejecutivo con base en el magro cumplimiento que ambas sentencias han hecho del art. 221.1. 1º, pár. segundo LEC.

La sentencia de segunda instancia está actualmente pendiente de recursos, extraordinario por infracción procesal y casación, ante la Sala Primera del TS.

2. La petición de decisión prejudicial del TS en el caso de la demanda de ADICAE y la respuesta del TJUE

El Pleno de la Sala Primera ha suspendido la deliberación de los recursos pendientes ante ella en el caso de la demanda de ADICAE y, por Auto de 29 junio 2022, RJ\2022\4305, ha pedido decisión prejudicial al TJUE sobre dos cuestiones.

2.1. Las cuestiones prejudiciales y su justificación en el auto de la sala de lo civil del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2022

Llama poderosamente la atención que las dos cuestiones prejudiciales que plantea el auto citado se refieran, principalmente —en su literalidad, solamente— a la acción de cesación. Entre el caso de la demanda de ADICAE, en el que se plantean las cuestiones, y el caso de la demanda de AUSBANC existe la sustancial diferencia de que en el primero no solo se pretende condena a cesación, sino también condenas a que sean devueltas a un gran número de consumidores las cantidades indebidamente pagadas en virtud de las cláusulas litigiosas, que, además, deben declararse nulas en sus contratos.

Las cuestiones versan sobre lo que técnicamente llamaríamos admisibilidad, aunque la terminología utilizada en la resolución es menos técnica.¹³ Se enuncian así:

13. Así, encontramos expresiones como las siguientes: «si una acción colectiva de cesación (...) es adecuada para realizar el control de transparencia» (FD 1º.1); «si es posible ejercitar una acción colectiva de cesación» (FD 1º.2); «se cuestiona incluso la procedencia de la acción ejercitada» (FD 3º.4); «pertinencia de la acción colectiva» (FD 3º.4).

«1º. ¿Está amparado por el art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, cuando se remite a las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, y por el art. 7.3 de la misma Directiva, cuando se refiere a cláusulas similares, el enjuiciamiento abstracto, a efectos del control de transparencia en el marco de una acción colectiva, de cláusulas utilizadas por más de un centenar de entidades financieras, en millones de contratos bancarios, sin tener en cuenta el nivel de información precontractual ofrecido sobre la carga jurídica y económica de la cláusula, ni el resto de las circunstancias concurrentes en cada caso, en el momento de la contratación?».

«2º. ¿Resulta compatible con los arts. 4.2 y 7.3 de la Directiva 93/13/CEE, que pueda hacerse un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del consumidor medio cuando varias de las ofertas de contratos están dirigidas a diferentes grupos específicos de consumidores, o cuando son múltiples las entidades predisponentes con ámbitos de negocio económica y geográficamente muy diferentes, durante un periodo de tiempo muy largo en que el conocimiento público sobre tales cláusulas fue evolucionando?».

Las razones que justifican la duda sobre la admisibilidad derivan de que el carácter abusivo de las cláusulas no depende únicamente del contenido de las mismas, sino también de su falta de transparencia. El juicio sobre la transparencia requiere atender a una serie de características de la conducta del profesional que establece la cláusula y la utiliza en su actividad de contratación,¹⁴ así como a condiciones subjetivas de los consumidores que la aceptan en sus contratos (FD 2º.3 y 7º.3). Un juicio de esa naturaleza que pueda fundar un pronunciamiento de prohibición del uso de la cláusula litigiosa, no puede realizarse en un caso, como el de la demanda de ADICAE, en el que hay una mínima similitud u homogeneidad entre los hechos relevantes —dice la FD 2º.2 que el «único denominador común es que utilizan en sus contratos de préstamo hipotecario a interés variable una cláusula de contenido más o menos semejante»—. Por el contrario, hay conductas muy diversas de gran número de profesionales (FD 6º.6), conductas de gran cantidad de consumidores con condiciones subjetivas distintas (FD 7º.4), y concurre la circunstancia de que se han realizado en un largo periodo de tiempo, durante el cual han cambiado tanto las prácticas de los profesionales, como la aptitud de los consumidores para evaluar las consecuencias de las cláusulas en la vida de su contrato (FD 2º.3, 6º.6 y 9), a veces debido a disposiciones administrativas y legales precisamente destinadas a hacer efectiva la transparencia en la contratación bancaria (FD. 2º.3, 6º.6).

Como advertí al principio, lo que es peculiar del caso de la demanda de ADICAE respecto del de la demanda de AUSBANC no se incluye en la literalidad de las

14. El auto destaca la relevancia de la información precontractual (FD 2º.1 y 6º. 5 y 7, también la modalidad de contratación utilizada por la entidad financiera (FD 2º.3).

cuestiones perjudiciales, sino solo en su justificación, y esto aún como un argumento complementario. Así, el FD 6º.11 dice (el énfasis es mío):

«Por último, debe tenerse en cuenta que en el caso objeto de litigio, además de la acción colectiva de cesación, se ejercitó una acción de restitución dirigida a obtener una condena a la devolución de lo pagado en aplicación de las cláusulas cuya anulación se pretendía».

A continuación, se indica que el control abstracto propio de la acción de cesación no tiene por objeto la determinación de las consecuencias patrimoniales concretas de la declaración de nulidad de las cláusulas en el contrato de cada consumidor, que debe ser enjuiciado mediante acciones individuales «como regla general».

No obstante, la resolución reconoce que esa «regla general» puede tener excepciones. Ese es el sentido de que invoque, entre las disposiciones nacionales relevantes para el asunto, los arts. 12 y 16 LCGC, 53 y 54 TRLGDCU —que legitiman a determinadas asociaciones y entidades tanto para interponer pretensiones de tutela colectiva en sentido estricto (cesación, principalmente), como pretensiones de declaración de nulidad de las cláusulas y de condena a devolución de lo pagado indebidamente—, el art. 72 LEC —presupuestos de la acumulación objetivo-subjetiva de pretensiones—, y el art. 221 LEC, que, en relación con el art. 11 de la misma ley, dispone cómo debe resolverse sobre tales pretensiones.

Ahora bien, la aplicación de estas disposiciones es muy difícil, dadas las características del caso (FD 7º.5):

«Además, al haberse acumulado a la acción colectiva de cesación una acción de restitución de cantidades debidamente impagadas, el art. 221.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (antes transcrito) establece que cuando la determinación individual de los consumidores afectados 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. Determinación genérica que también resulta extremadamente difícil cuando lo es la determinación del consumidor medio».

Por fin, el auto de planteamiento invoca expresamente, entre las disposiciones de Derecho de la Unión relevantes para el caso, el art. 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (en adelante, CEDF), que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta invocación no se justifica, pero probablemente se realiza por la repercusión que las respuestas del TJUE a las dos cuestiones pueda tener sobre el derecho de defensa de las entidades financieras demandadas.

2.2. La respuesta del TJUE: STJUE, sala 4ª, 4 de julio de 2024, asunto C-450/22 y referencias a las conclusiones de la abogada general

La respuesta afirmativa, en términos generales, a las dos cuestiones planteadas era previsible, atendidas las disposiciones relevantes de Derecho de la Unión y las conclusiones de la Abogada General Sra. Laila Medina,¹⁵ pero importa revisar los matices y la motivación, así como determinar la valoración que merece que en el caso no solamente se trate de resolver sobre una condena a cesación, sino también sobre condenas a devolver pagos indebidos a los consumidores afectados.

1º) La sentencia sienta las bases para responder a la primera cuestión prejudicial en sus párrafos 24 al 32. En mi opinión, es confusa en cuanto a lo que entiende por acción colectiva. Constata, de entrada, que el sistema de protección de los derechos de los consumidores de la Directiva 1993/13 les habilita para hacerlos valer tanto mediante acción individual, como mediante una acción colectiva —así la califica, sin más, en los pár. 25, 28 y otros—. No obstante, para fundar en la Directiva 1993/13 que la segunda alternativa debe estar disponible, la inevitable remisión al art. 7 de la Directiva impone que la sentencia precise que por acción colectiva se entiende la de cesación (pár. 26, 27). Aunque no abandona la imprecisión terminológica, la sentencia refuerza que es el significado que asume porque, al distinguirla de la acción individual —«tienen, en el marco de esa Directiva, objetos y efectos jurídicos diferentes» (pár. 28)—, excluye que las apreciaciones requeridas según el art. 4.1 Directiva 1993/13 sean relevantes para la tutela cuya regulación han de completar, según el art. 7 Directiva 1993/13, los ordenamientos nacionales. El pár. 31 de la sentencia aclara la naturaleza de esta última tutela:

«el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones de cesación ejercitadas por las personas u organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13, así como la independencia de estas acciones con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que puedan ejercitarse tales acciones aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados».

La articulación de las acciones individuales y las colectivas compete a los ordenamientos nacionales, pero el principio de efectividad determina que estos no puedan «impedir que se ejercite efectivamente la posibilidad, ofrecida a los

15. Los documentos del asunto (Caixabank y otros. Asunto C-450/22), que incluyen las conclusiones de la Abogada General Medina y la sentencia de la Sala 4ª del TJUE, pueden consultarse en [CURIA — Ficha detallada \(europa.eu\)](#)

consumidores en la Directiva 93/13, de elegir hacer valer sus derechos bien mediante una acción individual, bien mediante una acción colectiva, haciéndose representar por una organización que tenga un interés legítimo en protegerlos» (pár. 32). La sentencia cita la STJUE 14 de abril 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C-381/14 y C-385/14, pero para justificar que lo que debe ser examinado en una acción individual, no puede ser obstáculo para que sea admisible una acción colectiva.

2º) Sobre esas bases, la sentencia se enfrenta con las dudas del TS sobre la admisibilidad —la sentencia lo denomina «mecanismo judicial apropiado»— de la acción colectiva en el caso: necesidad de control de transparencia de cláusulas, acción dirigida frente a numerosos profesionales, número elevado de contratos afectados y prolongado periodo de utilización de las cláusulas (pár. 33).

El tribunal entiende que la exigencia de transparencia de las cláusulas¹⁶ es judicialmente controlable, según el sistema de protección de la Directiva 1993/13, tanto en la acción individual, como en la colectiva. No obstante, por la naturaleza de la segunda, «ese control no puede tener por objeto circunstancias que caractericen situaciones individuales, sino que se refiere a prácticas estandarizadas de profesionales» (pár. 39). Como expone con mayor detalle en el pár. 41, el juez:

«debe tomar en consideración el conjunto de las prácticas contractuales y precontractuales estándar seguidas por cada profesional en cuestión, entre las que figuran, en particular, la redacción de dicha cláusula y su ubicación en los contratos tipo utilizados por cada profesional, la publicidad hecha de los tipos de contratos a los que se refiere la acción colectiva, la difusión de las ofertas precontractuales generalizadas dirigidas a los consumidores y cualesquiera otras circunstancias que ese juez considere pertinentes para ejercer su control respecto de cada uno de los demandados.»

Para determinar si la complejidad del asunto justifica las dudas sobre la admisión de la acción colectiva en el caso, el TJUE atiende al art. 7.3 Directiva 1993/13, y constata, por un lado, que el número de entidades demandadas no es óbice para tratar la acción colectiva, porque aquel artículo solamente establece el límite de que las entidades pertenezcan al mismo sector económico (pár. 43), y, por otro, que el artículo permite aquella acción si las cláusulas contractuales son similares. La característica de la similitud ha de ser examinada por los tribunales nacionales de acuerdo con el Derecho interno. No obstan-

16. Que consiste en que un consumidor medio «esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras» (pár. 37).

te, el TJUE anticipa que sería contrario al art. 7.3 Directiva 1993/13 excluir que concurre porque los contratos «hayan sido celebrados en momentos diferentes o bajo diferentes regímenes normativos» (pár. 44); más aún, expresa su parecer de que el requisito de la similitud concurre en el caso porque (pár. 45):

«las cláusulas suelo utilizadas en los contratos de préstamo hipotecario de que se trata contienen, fundamentalmente, la fijación de un tipo mínimo por debajo del cual el tipo de interés variable no puede disminuir, y que su mecanismo de funcionamiento es, en principio, siempre el mismo».

Como conclusión, responde a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que:

«los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 3, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que permiten que un órgano jurisdiccional nacional lleve a cabo el control de transparencia de una cláusula contractual en el marco de una acción colectiva dirigida contra numerosos profesionales pertenecientes al mismo sector económico y que tiene por objeto un número muy elevado de contratos, siempre que esos contratos contengan la misma cláusula o cláusulas similares.»

Para terminar este punto, hay que tener presente que una cosa es que para la admisibilidad de la acción colectiva han de concurrir, y basta que concurren, esos presupuestos, y otra distinta son los presupuestos para su estimación, respecto de los cuales el TJUE ha establecido condicionamientos más complejos en el antes mencionado pár. 41.

3º) En la respuesta a la primera cuestión prejudicial no hay referencia, ni siquiera indirecta, a que lo que la STJUE denomina genéricamente acción colectiva incluye algo más que la tutela de cesación, única modalidad de tutela colectiva mencionada por el art. 7 Directiva 1993/13, y única, también, que la propia sentencia compara con la acción individual para establecer las diferencias de objeto y efectos.

Ya advertimos que el TS tampoco incluyó literalmente en la petición de decisión prejudicial que, junto a la cesación, era objeto del proceso la condena a devolución de pagos indebidos a los consumidores con contratos afectados. No obstante, la motivación se refirió a ese tema y las Conclusiones de la Abogada General Medina no lo han eludido.

Por un lado, al razonar sobre el gran número de demandados y la gran variedad de sus conductas en la celebración de los contratos, que es relevante para determinar la transparencia, argumenta que el Derecho de la Unión «no prevé ningún requisito procesal sobre el grado de similitud de las pretensiones individuales que se exige para poder ejercitar una acción colectiva ante los tribu-

nales», que deben ser establecidos por los Derechos nacionales (núm. 69). Esa referencia sorprende, porque, si se tratase únicamente de una tutela de cesación, lo problemático no serían las posibles pretensiones individuales, sino los posibles demandados y sus conductas, que pueden ser (o afirmarse que son) tan heterogéneas que haya razones para excluir que sea admisible acumular pretensiones de cesación a su respecto. Del mismo modo, el argumento sobre el grado de homogeneidad que el núm. 72 de las conclusiones funda en el considerando 12º de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE,¹⁷ solo tiene sentido si los problemas del gran número y el grado de similitud se refieren a la posición demandante, como ocurre en la modalidad de tutela colectiva consistente en la petición colectiva de tutelas individuales conexas.

Por otro lado, el verdadero *punctum dolens* del caso de la demanda de ADICAE aflora claramente en el número 77 de las conclusiones, según el cual:

«Una última cuestión que plantea el órgano jurisdiccional remitente es la complejidad adicional que suscita el presente asunto debido a que se haya acumulado a la acción de cesación una acción de restitución de los pagos abonados en virtud de la cláusula declarada abusiva. A ese respecto es preciso señalar que determinar el método de ejecución de una sentencia en un procedimiento colectivo es una cuestión de Derecho procesal nacional. Las eventuales dificultades que surjan en fase de ejecución no son un criterio jurídico para excluir los procedimientos de recurso colectivos».

A mi juicio, lo que está en cuestión no es el régimen de la ejecución, sino, previamente, la admisibilidad de una demanda con pretensiones de tutela de un gran número —incluso indefinido— de derechos individuales, el tratamiento de tales pretensiones en un proceso de declaración y, en definitiva, el pronunciamiento sobre las mismas.

4º) La respuesta a la segunda cuestión prejudicial es, de entrada, radical: para apreciar si una cláusula es transparente en una acción colectiva, la referencia del consumidor medio está incluso más justificada que para enjuiciar una acción individual, de modo que no importan categorías de consumidores, por sus cualidades subjetivas o por las diferencias temporales en la concertación de sus contratos (pár. 48-53).

17. «(D)ebe corresponder a los Estados miembros determinar el grado de similitud exigido entre las pretensiones individuales o el número mínimo de consumidores afectados por una acción de representación para obtener medidas resarcitorias para que el asunto se admita a trámite en tanto que acción de representación».

No obstante, a continuación la sentencia introduce un importante matiz. Puede ocurrir que, en el transcurso del tiempo, se produzca «un acontecimiento objetivo o un hecho notorio» que altere la percepción de la cláusula controvertida por el conjunto de los consumidores (pár. 54, 55). Y cita como ejemplos la caída de tipos de interés en los años 2000 —que advertía con claridad al consumidor del inconveniente que suponía el suelo respecto de la variación del interés— y la STS 9 mayo 2013 —que, con gran difusión mediática, declaró no transparentes cláusulas de la clase controvertida— (pár. 56).

Como consecuencia de lo anterior, no es contrario a la Directiva 1993/13 que el tribunal nacional tome como fundamento elementos concretos y objetivos que demuestren que, en el momento de concertarse los contratos, había cambiado la percepción general entre los consumidores respecto de la cláusula controvertida de un modo que les permita «adquirir conciencia de las consecuencias económicas, potencialmente significativas, derivadas de tal cláusula» (pár. 55 y 57).

Esta respuesta a la segunda cuestión prejudicial, a diferencia de la primera, no afecta a temas de admisibilidad de las pretensiones, sino a diversos aspectos de la resolución sobre el fondo de las mismas. Aunque también afecta a la pretensión de condena a cesación (tutela colectiva en sentido estricto),¹⁸ sus consecuencias serán más notables si se entiende que, en lo que la sentencia llama genéricamente acción colectiva, están incluidos los pronunciamientos sobre condena a devolución de pagos indebidos a los consumidores que tengan en sus contratos la cláusula controvertida. En efecto, esos pronunciamientos deberían ser de desestimación respecto de todos los contratos concertados con posterioridad a la concurrencia de los elementos objetivos determinantes del cambio en la percepción generalizada del significado y efectos de la cláusula problemática por parte de los consumidores.

Cuestión distinta es la de si, al enjuiciar los derechos individuales a la devolución de pagos indebidos, sea en el contexto de una petición colectiva de tutelas individuales conexas, sea por una acción individual, debe atenderse a elementos concretos y objetivos, ajenos a las cualidades subjetivas del consumidor, que, aunque no hayan alterado la percepción generalizada, sí que determinen que, en la concertación del concreto contrato, la cláusula controvertida fue incorporada de modo transparente.

18. Debería desestimarse una pretensión de esa naturaleza formulada de modo que su alcance quedara acotado a grupos de consumidores determinado por sus cualidades subjetivas, porque la tutela ha de proteger al consumidor medio; también procedería la desestimación si, al tiempo de interponerse la demanda, ya existieran los elementos objetivos determinantes del cambio en la percepción general de la cláusula entre los consumidores.

5ª) La sentencia del TJUE ni siquiera menciona el art. 47 CEDF. Su invocación en el auto del TS no está acompañada de ninguna argumentación. Tal vez el TJUE considera una obviedad —efectivamente, lo es— que el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser garantizado en el proceso sobre la genéricamente llamada acción colectiva. Tal vez entiende, también, que el modo de hacerlo sea una de «las dificultades de índole organizativo planteadas por un asunto» complejo (pár. 43).

Las conclusiones de la Abogada General sí que desarrollan el significado de la escueta referencia al art. 47 CEDF, aunque, a mi juicio, no acierta al establecer el alcance que debe tener el derecho de defensa de las entidades demandadas, atendidos todos los objetos de proceso sobre la acción colectiva del caso. En su núm. 76 indica que:

«es preciso señalar que la envergadura del litigio no debería mermar el derecho de cada entidad financiera a la tutela judicial efectiva. Ante la falta, en las Directivas 93/13 y 2009/22, de una disposición que prevea explícitamente un régimen de tutela judicial efectiva para el profesional, es preciso interpretar dichas normas a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Cada entidad financiera debe tener la posibilidad de demostrar que su propia práctica estandarizada cumplía el criterio de transparencia».

3. A la espera de la sentencia del TS: consideraciones sobre las normas nacionales de tutela judicial colectiva por cláusulas abusivas y no transparentes

El TS tendrá que resolver, en la medida en que se lo permitan los recursos pendientes ante él y ajustándose a las decisiones prejudiciales del TJUE (art. 4 bis LOPJ), lo que corresponda con arreglo al Derecho nacional. Dado que, durante la larga pendencia del proceso iniciado por la demanda de ADICAE, han sido resueltos con sentencia firme un gran número de procesos individuales sobre nulidad de cláusula suelo y condena a devolución, no me atrevo a hacer hipótesis sobre el alcance cualitativo y cuantitativo de las consecuencias prácticas del pronunciamiento de la Sala Primera.

En todo caso, continuará abierta la tarea de interpretación e integración normativa de la regulación vigente de la tutela judicial colectiva, en sentido amplio, de los consumidores y usuarios. La transposición de la Directiva 2020/1828 (acciones de representación) contribuirá a un régimen con menos imperfecciones que el actual, pero para eso habrá que esperar a que concluya con éxito el procedimiento legislativo iniciado, el 14 de marzo de 2024, con la presentación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del

Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.¹⁹

Lo que sigue son solo unos apuntes sobre algunas cuestiones problemáticas en el actual marco normativo.

3.1. Cuestiones sobre la tutela judicial colectiva en sentido estricto: tutela de condena a cesación, cláusulas abusivas y control de transparencia

La principal modalidad de tutela colectiva en sentido estricto es la tutela de condena a cesación, que está legalmente prevista en materia de condiciones generales de contratación y de protección de consumidores y usuarios.

3.1.1. Utilidad e insuficiencia de la tutela de condena a cesación

La tutela de condena a cesación es, por sí misma y por sí sola, un instrumento apreciable para la tutela jurisdiccional de los derechos. Mediante la prohibición judicial de conductas ilícitas y los medios ejecutivos que la ley habilita, disuade de que su realización continúe, de que se inicie —si no se había incoado, pero hay razones para concluir que va a serlo— o de que se reitere.²⁰ Si el resultado se consigue, evita la lesión de los derechos e intereses jurídicos expuestos a la misma, así como su posible repetición, y, con ello, los litigios que puedan tener su causa en aquella.

La efectividad de esa tutela depende, en primer lugar, de que sea clara su admisibilidad como tutela que puede ser pretendida en un proceso de declaración, y, en segundo lugar, de que, si es concedida, las medidas ejecutivas previstas sean suficientes para reaccionar con eficacia contra los incumplimientos.

En algún momento, su admisibilidad en Derecho español contaba con previsiones legales muy acotadas y, fuera de ellas, dependía de limitadas e imprecisas construcciones jurisprudenciales.²¹ Esa etapa ha sido superada y la condena a cesación ha sido expresamente prevista no solo para la protección de derechos

19. [Proyectos de ley -Congreso de los Diputados](#)

20. Sobre los diferentes supuestos que objetivan la necesidad de esta modalidad de tutela, GUTIÉRREZ DE CABIEDES., en VV. AA., *Comentarios a las normas de protección*, cit., pp. 423-424; GASCÓN INCHAUSTI, en VV. AA., *La defensa de los consumidores*, cit., pp. 908-911; ARIZA COLMENAREJO, *La acción de cesación*, cit., pp. 22-23, 141-144.

21. Referencias en LÓPEZ SÁNCHEZ, «Acciones con trascendencia supraindividual», cit., pp.91-92.

e intereses individuales,²² sino —principalmente, aunque no solo²³— para la protección preventiva de derechos e intereses jurídicos de consumidores y usuarios que, por diversas razones y con consecuencias negativas de variada naturaleza, pueden tener mayor dificultad de acceso a una tutela para reaccionar individualmente contra su lesión.²⁴

La efectividad de la ejecución de una sentencia de condena a cesación se reforzó por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, mediante la cual se realizó la transposición al Derecho español de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. A la Ley 39/2012 se debe la reforma del art. 711.2 LEC, que habilita al juez de la ejecución para imponer multas coercitivas de entre seiscientos y sesenta mil euros diarios por día de demora en el cumplimiento de una condena a cesación dictada para proteger derechos de los consumidores. Es un medio potente por la suma a la que puede ascender la multa diaria, pero más aún porque es una multa coercitiva cuya imposición periódica hasta el cumplimiento facilita doblegar una voluntad rebelde al mismo. La multa prevista como sanción administrativa que puede imponerse con arreglo a la LGDCU y a las leyes autonómicas en la materia, con la excepción de Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña (arts. 342-1 a 342-3), es multa única, lo que posibilita reacciones como las recientemente producidas a cuenta de una multa impuesta a determinadas compañías aéreas por el Ministerio de Consumo, como sanción de prácticas abusivas.²⁵

A la vista de la abundante litigiosidad sobre condiciones contractuales y prácticas empresariales lesivas de los intereses jurídicos de los consumidores, así como de la contundencia del instrumento ejecutivo previsto por el art. 711.2 LEC, entendí que podría encontrar un buen número de experiencias de aplicación del mismo y consulté las bases de datos de frecuente uso²⁶ en busca de resoluciones que ilustraran de las mismas. El resultado ha sido mínimo en lo cuantitativo y de escaso interés en el aspecto cualitativo. Consiste en resolucio-

22. ARIZA COLMENAREJO, *La acción de cesación*, cit., pp. 15-16, 135-140.

23. Referencia a previsiones de tutela colectiva de cesación no limitadas a la protección de derechos e interés jurídicos de consumidores y usuarios, en GASCÓN INCHAUSTI, en VV. AA., *La defensa de los consumidores*, cit., pp. 15-20; ORTELLS RAMOS, «Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales», cit., pp. 39-41, 43-45.

24. GUTIÉRREZ DE CABIEDES., en VV. AA., *Comentarios a las normas de protección*, cit., p. 423; ARIZA COLMENAREJO, *La acción de cesación*, cit., pp. 24-26.

25. C. CASTELLÓ, C., MAGARIÑO, J. F., en *El País*, 31 mayo 2024, [Multa histórica de 150 millones a Ryanair, Volotea, Vueling y EasyJet por cobrar el equipaje de cabina | Economía | EL PAÍS \(elpais.com\)](#). DEL TORO, P., en *Neutral*, 31 de mayo de 2024, [Las aerolíneas podrán seguir cobrando el equipaje de mano pese a la multa de Consumo \(newtral.es\)](#) (última visita 11.6.2024).

26. CENDOJ y Westlaw.

nes que, o bien se limitan a anticipar la cuantía de la multa que, en su caso, impondrán,²⁷ o bien advierten que impondrán, en su caso, una multa cuya cuantía aún no precisan.²⁸ No he encontrado ninguna resolución sobre aplicaciones del precepto que hayan generado incidentes dignos de mención en el correspondiente proceso de ejecución. Aunque entiendo que una referencia al art. 711.2 LEC no sería imprescindible más que si se hubiera iniciado ejecución, es llamativo que no exista ninguna mención del mismo en las dos sentencias —la de primera instancia y la que resolvió sobre el asunto, después de la casación— que tuvieron oportunidad de mencionarlo en el caso de la demanda de AUSBANC. Y tampoco en las dos sentencias del caso de la demanda de ADI-CAE, a pesar de que se pidió expresamente en la demanda que se advirtiera de la imposición de la multa de dicho artículo.

Probablemente este sea un indicio mínimo de la falta de atractivo de la tutela de condena a cesación en sentido estricto, si se interpone sola, no acompañada de otras pretensiones.

Hay otras razones que contribuyen a esa valoración, al menos, respecto de determinadas situaciones litigiosas. La tutela de condena a cesación es incompleta si, en el procedimiento sobre la misma, no se pueden tutelar los derechos e intereses que ya hubieran sido lesionados por la conducta prohibida por ilícita. Ese carácter incompleto es, si cabe, más insatisfactorio si el litigio deriva de que, con anterioridad a la prohibición de la conducta, mediante ella se han constituido relaciones jurídicas que siguen desarrollando sus efectos. Las contundentes medidas ejecutivas mencionadas no pueden eliminar esa eficacia. Es posible que el cumplimiento, voluntario o forzoso, de la orden de cesación, conduzca a que la parte condenada negocie y acuerde con las personas con las que la vinculan tales relaciones una modificación de las mismas que se ajuste a la orden de cesación. Pero, ni esta modificación puede imponerse a esas personas —respecto de las cuales la sentencia ni se ha pronunciado, ni podría pronunciarse—, ni, consiguientemente, podría ser exigible a la parte condenada porque no la puede generar por sí sola.

De otro lado, si la condena a cesación ha de referirse a (y fundarse en) la abusividad de cláusulas contractuales incluidas en diversos contratos o en la falta de transparencia de cláusulas de contratos que han constituido diversas relaciones jurídicas individuales, la tutela judicial más efectiva es la de declaración de nulidad de las mismas y la de condena a las prestaciones que sean conse-

27. Juzgado de Primera Instancia núm.4 Oviedo, Sentencia 26 de marzo de 2010, Id Cendoj: 33044420042010100001.

28. Juzgado de lo Mercantil núm.1 Vitoria-Gasteiz, Sentencia 27 de septiembre de 2019; Id Cendoj: 01059420072019100107; y otra sentencia, del mismo juzgado y día, Id Cendoj: 01059420072019100108.

cuencia de la nulidad. Pero esta tutela ha de pretenderse por quien esté legitimado para hacerlo, que es, en principio, el titular de las relaciones jurídicas constituidas por los diversos contratos. Cada uno de tales titularles puede interponer su correspondiente pretensión en su propia demanda. Varios de tales titulares pueden acumular sus pretensiones en una demanda, con arreglo al régimen de la acumulación de pretensiones. Y también es admisible, si la ley lo autoriza y en los términos en que lo haga, una demanda en la que, de manera colectiva, se pretendan una serie de tales tutelas individuales.

El art. 12.2, pár. segundo LCGC y el art. 53, pár. tercero TRLGDCU, tienen el fin de superar aquel carácter incompleto de la tutela de condena a cesación, si bien el régimen de la legitimación y de otros presupuestos de admisión de las pretensiones referidas a los derechos individuales han de ser integradas con lo dispuesto por el art. 11 y concordantes LEC.²⁹ Por cierto, fue exactamente eso lo que se hizo en la demanda del caso ADICAE, aunque el tratamiento posterior ha conducido a una suerte de aplicación aislada del art. 12.2, pár. segundo LCGC, que prescinde de su interpretación sistemática y que, sin excluir un pronunciamiento sobre los derechos a devolución e indemnización, deja a sus titulares sin una vía clara de acceso a la ejecución de la sentencia en cuanto resuelve, además de la cesación, sobre las condenas a devolución e indemnización.

Por otra parte, es cierto que el fundamento de una pretensión colectiva de condena a cesación tiene conexión, en diversa medida, con los de las pretensiones de condena a devolución e indemnización, pero el tratamiento procesal de una y de otras plantea necesidades distintas, en especial, respecto del derecho de defensa. Eso puede conducir a diferentes presupuestos de admisión de las dos modalidades de tutela, todos los cuales habrán de cumplirse para que se pueda resolver sobre las mismas en un solo procedimiento.

3.1.2. Delimitación de la prohibición y derecho de defensa del demandado

En general, la tutela de condena a cesación, si es admitida en el ordenamiento, se corresponde bien con una obligación de abstención de origen negocial, bien con la prohibición legal de una conducta. Específicamente, en el supuesto de cláusulas en contratos con consumidores, el grado de claridad de la prohibición normativa es muy diferente según ciertas características de las cláusulas.

29. Así, para el art. 12.2, pár. segundo LCGC, VICENT CHULIÁ, «Las acciones colectivas de condiciones generales», cit., pp. 408-411, BUJOSA VADELL, L., «La protección jurisdiccional de los intereses de grupo», cit., p. 654.

El requisito de la prohibición no es problemático respecto de cláusulas cuya formulación y presentación escrita no cumple los requisitos formales prescritos por las leyes (art. 7 LCGC, art. 5 Directiva 1993/13, art. 80.1, a) y b) TRLGDCU). Tampoco, si, solo en el caso de contratos con consumidores, atendido el propio contenido de las cláusulas, son abusivas (art. 8.2 LCGC, arts. 82, 85 a 90 TRLGDCU, art. 3.1 y 3 y Anexo de la Directiva 1993/13).

La base normativa de la prohibición de cláusulas en contratos con consumidores por falta de transparencia es más compleja e, incluso, excede del examen de la cláusula en el contexto del contrato. Lo que justifica la prohibición por tal causa es resultado de una compleja valoración desde el punto de vista jurídico-material,³⁰ que ha sido —y sigue siendo— realizada por la jurisprudencia, la cual, como es propio de su naturaleza, presenta, con el tiempo, matices y cambios que no dan seguridad sobre la determinación precisa de la conducta que merece ser prohibida.³¹

El Derecho de la Unión Europea no autoriza que se valore la abusividad de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato y a la adecuación entre las contraprestaciones establecidas en el mismo (art. 4.2 Directiva 1993/13). Ahora bien, al amparo de los arts. 8 y 8 bis Directiva 1993/13, el TS, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, ha determinado que, si bien el Derecho nacional tampoco autoriza el control de abusividad del contenido de esas cláusulas, sí que refuerza la protección de los consumidores respecto de las mismas —el TS lo funda en el art. 80.1 TRLGDCU (FD 12º, apartado 210)— mediante, precisamente, el control de transparencia. Este control es diferente, va más allá del que tiene por objeto la comprensibilidad de la cláusula por su redacción y alcanza —por utilizar una síntesis que ofrece la STS 19 mayo 2013, FD 12º, apartado 211— a examinar que:

«la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

30. Exposiciones de esa valoración de Derecho material en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo», cit.; MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual», cit.

31. Acerca de la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Los controles de «transparencia» y «contenido» en los contratos celebrados entre empresarios/as (autónomos, microempresas y Pymes)», cit.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «¿Qué son a juicio del Tribunal Supremo los requisitos de incorporación?», cit.; CÁMARA LAPUENTE, «¿Quién teme al control de incorporación (B2B)?», cit.; FERNÁNDEZ SEIJO, «Condiciones generales de la contratación y no consumidores. Obstáculos para el control de transparencia», cit.; AGÜERO ORTIZ, «Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente», cit.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Giro en la doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas suelo», cit.

A partir de ahí, es el TS quien asume la tarea de especificar los requisitos que cumplirían esa finalidad y en el apartado 7º del fallo de su sentencia de 19 de mayo de 2013 concreta las circunstancias determinantes de la falta de transparencia y, por tanto, delimitadoras de la conducta prohibida. No obstante, la dificultad de esa tarea la demuestra el Auto de la Sala Primera del TS de 3 junio 2013, de aclaración de aquella sentencia, que, tras reiterar que la prohibición no se refiere a las cláusulas identificadas en la sentencia por su contenido, sino a las mismas en combinación con la conducta de las entidades bancarias al utilizarlas en la contratación, caracterizada por las circunstancias establecidas en el fallo de la sentencia, reconoce (FD 2º, 2, núm. 12) que:

«A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo».

El amplio —ni siquiera cerrado— abanico de circunstancias para calificar como no transparente el modo de utilizar determinada cláusula en la contratación con consumidores y el peso impreciso que tiene para esa calificación la concurrencia de una o varias de las circunstancias que el TS considera, en general, relevantes, no orientan con claridad el control de transparencia.

Específicamente, la sentencia de primera instancia del caso de la demanda de ADICAE realiza un control de transparencia que, a pesar de invocar (FD 9º, ap. 9.3) las circunstancias catalogadas por la STS 9 mayo 2013 —sin mencionar el auto de aclaración— no se detiene en el examen sobre si y cuáles concurren o no en el caso. El apartado 1, a) del fallo refiere su pronunciamiento a «las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores idénticas a las transcritas en el punto 1.3 del primer fundamento jurídico de la presente resolución». Es cierto que justifica lo que llama «su nulidad» en la «falta de transparencia», y que, en el apartado 1, b) «condena a las entidades bancarias demandadas a eliminar las citadas cláusulas de los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización de forma no transparente». Pero en el fallo no expresa los criterios determinantes de la forma no transparente de utilizar tales cláusulas, que es, precisamente, la forma de utilizarlas que prohíbe. Hay que entender que esa conducta está descrita en el FD 9º, apartado 9.4, donde, tras una somera afirmación de que no concurría ninguna circunstancia correctora —«No resulta controvertido que todos los contratos de préstamo hipotecario en los que las entidades bancarias demandadas insertaron las cláusulas suelo litigiosas se

ofertaban como contratos a interés variable» sin advertencia de la posibilidad y consecuencias del límite de variación (FD.9º, ap.9.4.1)—, la falta de transparencia se centra en las propias cláusulas, en el modo de presentarlas en el conjunto del contrato:

«en todos los casos examinados la cláusula ocupa un lugar secundario del clausulado contractual, sin realizarse una llamada de atención sobre la misma a pesar de que, al tratarse de una cláusula que afectaba directamente al precio (tal y como se lo había representado el cliente con base en la oferta realizada por la entidad bancaria) debería haber sido objeto de un tratamiento especial. Asimismo, en todos los casos, se inserta entre otros datos que la enmascaran, diluyendo la atención del consumidor sobre la misma».

La Ley 5/2019 de 15 de marzo, por la que se regulan los contratos de crédito inmobiliario, añadió un párrafo segundo al art 83 LGDCU con la expresa disposición de que: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». La posible ilicitud de cláusulas sobre el objeto principal del contrato y en atención a la adecuación entre las contraprestaciones establecidas en el mismo no radica —o no radica solo— en lo que dispone la cláusula, sino en la manera de incorporarla al contrato, sin información complementaria que explique las consecuencias de lo que la cláusula dispone.

La relevancia de los datos de hecho a los que hay que atender para el control de transparencia, más allá de cómo aparece la cláusula en el contrato, y el requisito de delimitar la prohibición que se pretende, y eventualmente se acuerda, en una tutela de cesación, han de ponerse en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte demandada (art. 47 CEDF) y con la función que corresponde al Derecho nacional para garantizar la satisfacción de ese derecho fundamental.

De esa relación deriva, en primer lugar, que ha de respetarse el derecho de la parte demandada a la defensa mediante alegaciones y pruebas en la primera instancia. Con este fin, en la demanda se habrán de aportar los datos de hecho cuya prueba determinará, en su caso, que la conducta del demandado ha causado la necesidad de tutela y, además, habrá que describir la conducta cuya prohibición se pretende por ser calificable como no transparente. No es admisible una petición de que se prohíba «la incorporación no transparente de la cláusula», porque esa es una mera reiteración de la norma jurídica de prohibición. En el plano del Derecho nacional, el cumplimiento de estos requisitos ha de garantizarse con una aplicación estricta del art. 424 LEC, con la eventual consecuencia de inadmisión de la demanda defectuosa.

El incumplimiento de esos requisitos comporta que la parte demandada no pueda articular su defensa, que no consiste solamente en contradecir una calificación jurídica sostenida por el actor, sino en impugnar la base fáctica a la que esa calificación se aplica. Y no me refiero al derecho del demandado a defender que su conducta ha sido transparente frente a pretensiones de nulidad de la cláusula en contratos concretos, porque ésta no es cuestión propia de la tutela de condena a cesación. Me limito a considerar, ahora, la proyección del derecho de defensa respecto de la libertad del demandado de mantener que su conducta de contratación respecto de la cláusula problemática respeta los criterios generales y abstractos de transparencia y, consiguientemente, no debe ser prohibida. La STS 9 de mayo de 2013, tras indicar que, en la tutela colectiva de cesación, no es directamente aplicable el art. 85.2, pár. segundo LGDCU, extiende, sin embargo, jurisprudencialmente la aplicación de esa norma especial de carga de la prueba, aunque —y esto es lo que atañe al derecho de defensa— especifica (ap. 162) que, en caso de tutela colectiva de cesación, «podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente». De modo directo respecto del control de transparencia en acciones colectivas de cesación, en el ap. 78 de las Conclusiones de la Abogada General se establece que: «Cada entidad financiera debe tener la posibilidad de demostrar que su propia práctica estandarizada cumplía el criterio de transparencia». Esta puntualización me parece imprecisa. A la parte demandada debe bastarle con alegar y probar que su práctica estandarizada no es igual a aquella de la que, por no respetar el criterio de transparencia, se ha pretendido la prohibición.

También es exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva el cumplimiento estricto del deber de motivación de la sentencia y, más aún, de los requisitos de claridad y precisión de sus pronunciamientos (art. 218.1 LEC). En su defecto, se impide que el derecho a los recursos establecidos por la ley pueda ser ejercitado con la posibilidad de un control efectivo del enjuiciamiento fáctico y/o jurídico para el que han sido previstos.

En tercer lugar, y ya en el ámbito del proceso de ejecución, la precisa delimitación de la conducta prohibida en la sentencia llamada a ser título ejecutivo condiciona el acceso a la ejecución, acota el alcance objetivo de su eficacia (art. 551.1 LEC —conformidad de la actividad ejecutiva con el contenido del título—) y, específicamente en estas condenas a cesación, habilita para imponer las multas coercitivas del art. 711.2 LEC a la parte condenada que incumpla. A esta parte le puede resultar difícil una oposición a la ejecución por el motivo procesal de que la conducta que mantiene, es diferente a la prohibida, si esta última ha sido determinada con imprecisión. Sus posibilidades defensivas serán también difícilmente efectivas, no solo por las limitaciones probatorias propias de

una oposición de fondo a la ejecución,³² sino porque el ejecutado no solo habrá de probar el hecho negativo de haber puesto fin a su conducta de utilización del tipo de cláusula problemático, sino que tendrá la carga de hacerlo asumiendo la dificultad de una delimitación imprecisa de la prohibición.

3.1.3. Efectos de la sentencia de condena a cesar en el uso no transparente de cláusulas respecto de procesos sobre pretensiones individuales que las impugnen y pidan condenas a restitución fundadas en su nulidad

Entre una pretensión colectiva de cesación de una cláusula contractual, por abusiva o por haberse incorporado de modo no transparente y la(s) pretensión(es) de declaración de su nulidad en determinado(s) contrato(s) y sus consecuencias de condena a restitución de pagos indebidos e indemnización existen diferencias en cuanto al objeto del proceso, y también de legitimación, de competencia objetiva y territorial y de adecuación de procedimiento. No obstante, si entre ellas existe conexión en cuanto a la cláusula controvertida, se plantean problemas específicos respecto de la eficacia de su pendencia procesal simultánea y la de una sentencia firme de condena a cesación sobre la resolución de las pretensiones referidas a los contratos que incluyan tal cláusula. Me referiré, ahora, a lo segundo.

El art. 221.1. 2º LEC podría dar una respuesta, al menos en cuanto contempla el supuesto de pronunciamiento único que declare «ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta», en cuyo caso «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». Ahora bien, si se ha pretendido solo y exclusivamente condena cesación y la sentencia ha sido estimatoria, no es relevante que exprese o no que surte efectos respecto de las relaciones jurídicas individuales afectadas por la conducta prohibida. La sentencia no podrá, si el juez quiere, resolver sobre esas relaciones, ni tampoco, si el juez calla, excluirá una posible eficacia. Esa norma solamente regula la posible extensión de la eficacia de la prohibición a entidades no demandadas que utilicen la misma cláusula, o lo hagan del mismo modo, que le ha sido prohibido a los demandados.³³

32. MARTÍN PASTOR, J., *La oposición a la ejecución*, cit., pp. 650-657.

33. GARNICA MARTÍN, en AA. VV., *Comentarios*, I, cit., pp.860-861; CACHÓN CADENAS, M., REYNAL QUEROL, N., «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales», cit., pp. 433-434. A este aspecto de la eficacia subjetiva refiere su consideración el FD 19º, núm. 300, de la STS 9 mayo 2013, como ya lo hizo el FD 18º, núm. 196-199, de STS, Civil, Sección 1ª, 401/2010 de 1 julio. En todo caso, esa posible aplicación de la norma

Los problemas se resolverían con impecable corrección teórica —aunque las dificultades se trasladarían a la legitimación de quienes han sido parte y a la posibilidad efectiva de participación en el proceso de los titulares de las relaciones jurídicas afectadas— si se aceptara que la tutela colectiva a cesación implica o comporta una declaración de nulidad de la cláusula controvertida, fundada en un control abstracto de la misma y del modo de incorporarla en la actividad de contratación.³⁴ La válida declaración jurisdiccional —no entro ahora a determinar qué condiciones son necesarias para tal validez— de la nulidad de la cláusula, en si o por el modo de utilizarla en la contratación, debería excluir todo pronunciamiento en un proceso posterior sobre la validez misma, sin que ello implique exclusión de pretensiones sobre pretensiones fundadas en esa nulidad, que, sin duda, son un objetos procesales diferentes.

En sentencias sobre tutela colectiva a cesación se hace referencia, al tratar del alcance subjetivo de la cosa juzgada, a lo que ocurre en el proceso contencioso-administrativo si objeto del mismo es una disposición general,³⁵ así como al alcance subjetivo de la cosa juzgada en los procesos de impugnación de acuerdos societarios (art. 222.3, pár. tercero LEC). En mi opinión, entre estos supuestos y el pronunciamiento sobre la nulidad de las cláusulas, pretendidamente implícito en la tutela colectiva de cesación, existe la fundamental diferencia de que las disposiciones generales y los acuerdos societarios cuya validez se impugna tienen por si mismos una eficacia jurídica, mientras que la tutela de condena a cesación —en cuanto se limite a los estrictos objetivos de prevención y de disuasión que le son propios³⁶—, ataca cláusulas que, por si solas, no son más que previsiones planificadas por la empresa o profesional para utilizarlas en su actividad de contratación, que únicamente generan efec-

deberá tener presente la jurisprudencia establecida en la STJUE, Sala 5ª, 21 diciembre 2016, asunto C 119/15. El FD 3º de la STS, Civil, Sección 1ª, 375/2010 de 17 junio, refiere la norma también a la eficacia subjetiva en la posición actora, aunque, dadas las características del caso, era innecesaria su aplicación.

34. Esa declaración de nulidad se formula en el apartado 7º del fallo de la STS 9 mayo 2013, así como en el fallo de la SJMer, núm. 11, Madrid, de 7 de abril de 2016, en el asunto de la demanda de ADICAE, y en otras sentencias que estiman pretensiones de tutela colectiva de cesación. También en la doctrina, p. ej., SANDE MAYO, M.J., «El ejercicio de la acción de cesación frente a las condiciones generales de la contratación», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 21 (2017), pp. 314-333, <https://revistas.udc.es/index.php/afd/article/view/afdudc.2017.21.0.3281> (última visita 21/06/2024).

35. Así, p. ej., STS, Civil, Pleno, 401/2010, 1 julio, FD18º, núm. 194; STS, Civil, Pleno, 241/2013, 9 de mayo, FD 19º, núm. 299.

36. La STJUE, Sala 4ª, 4 de julio de 2024, recuerda en su pár. 31 que: «el Tribunal de Justicia ha declarado que el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones de cesación ejercitadas por las personas u organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13, así como la independencia de estas acciones con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que puedan ejercitarse tales acciones aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252, apartado 29 y jurisprudencia citada).»

tos jurídicos si y en cuanto se incorporan a contratos que efectivamente se conciertan. Por lo demás, cuando esto último ocurre, la tutela de condena a cesación ya no puede satisfacer la necesidad de tutela del consumidor contratante, porque se consuma la infracción de la norma que aquella modalidad de tutela tiene la función de evitar. En esa situación, la tutela efectiva del consumidor necesita la declaración de nulidad —ahora, sí— y la condena a las consecuencias derivadas.³⁷

En definitiva, el examen de esta cuestión en el marco teórico de la cosa juzgada y de la prejudicialidad requeriría partir de la base de que la tutela colectiva de condena a cesación de cláusulas contractuales involucra una resolución sobre la nulidad de las mismas. No obstante, especialmente si la cláusula se impugna por falta de transparencia,³⁸ la declaración implícita de nulidad puede dejarse al margen sin que pierda efectividad la tutela de condena a cesación, ni en su función preventiva, ni en la influencia que puede tener sobre las pretensiones individuales.³⁹

La STJUE de 14 de abril de 2016, que resuelve cuestiones prejudiciales planteadas en un proceso sobre pretensión individual de nulidad y condena a devolución de lo indebido relacionado con el proceso iniciado por la demanda del caso ADICAE que estaba pendiente, ofrece, en sus párrafos 30 al 41, argumentos de interés para la cuestión. No obstante, hay que utilizarlos con precaución, porque la sentencia no solo toma en consideración que en el proceso interno se había pretendido condena a cesación, sino también, de manera colectiva, declaraciones de nulidad y condenas a devolución de lo indebidamente pagado. La sentencia es contundente en establecer que el titular individual de

37. Comparto plenamente la tesis de LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Consideraciones sobre la eficacia prejudicial», cit., pp. 167-169.

38. Tal vez también si se impugna por ser intrínsecamente abusiva, porque en un litigio individual puede dictarse una sentencia que proteja el derecho del consumidor sin declarar la nulidad de la cláusula, si ésta admite una interpretación favorable a aquél. En efecto, es relevante para distinguir el pronunciamiento sobre la tutela colectiva a cesación y la tutela individual del consumidor que tenga la cláusula en su contrato, que en la tutela colectiva la cláusula deberá ser prohibida («implícitamente declarada nula», dirían quienes entienden que esto ocurre) si, en caso de duda, su redacción no excluye una interpretación perjudicial para el consumidor, mientras que, si la cláusula ya está incorporada al contrato, puede ser considerada válida con arreglo a una interpretación favorable al consumidor (art. 6.2 LCGC y STJUE, Sala Primera, 9 septiembre 2004, asunto C-70/03).

39. CACHÓN CADENAS, REYNAL QUEROL, «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales», cit., pp. 434-435, reconocen que la pretensión individual puede tener una causa de pedir distinta a la que ha sido considerada y resuelta en el proceso colectivo, por lo que la sentencia de éste no producirá cosa juzgada en aquél; no obstante, cuando, a pesar de lo anterior, indican que la sentencia estimatoria del proceso colectivo despliega eficacia de cosa juzgada respecto del individual, hacen consistir la misma en que «parece razonable que, si la cláusula cuestionada ha sido considerada, de forma general para un grupo de consumidores, como una cláusula no transparente por ausencia de la debida información, también merece la misma consideración en relación a un consumidor individual».

un derecho puede elegir cómo y cuándo pretender su tutela, sin estar condicionado por el proceso en que se han pretendido modalidades de tutela colectiva en sentido amplio. Por el contrario, es menos precisa en cuanto a las consecuencias de la coexistencia de las dos modalidades de tutela, colectiva e individual. Reconoce que las mismas han de responder «a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias» (pár. 30), pero entiende que la diferente naturaleza del control judicial en aquellas dos modalidades «debería, en principio, evitar el riesgo de que se dicten resoluciones judiciales contradictorias» (pár. 41). El principio de efectividad de la protección del consumidor se invoca no solo para liberarle de inconvenientes derivados de la pendencia del proceso sobre tutela colectiva, sino también para no privarle de lo que pueda favorecerle la sentencia sobre la tutela colectiva a cesación.⁴⁰

¿Mediante qué instrumentos se atiende, en el Derecho español, a la necesidad de evitar resoluciones contradictorias o de garantizar la coherencia de las mismas, sin utilizar los vetados por esta sentencia del TJUE?

En mi opinión,⁴¹ el instrumento es la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS, junto con el régimen de recurribilidad en casación de las sentencias que resuelvan en oposición a la misma. La doctrina jurisprudencial establece que los hechos constatados en las instancias —cláusula contractual con determinado contenido y modo de incorporarla al contrato— justifican la valoración jurídica de que la cláusula es abusiva o de que ha sido incorporada al contrato de modo no transparente. Si en un proceso individual se pide declaración de nulidad por hechos iguales a aquellos en los que se sustenta tal doctrina, y no se han constatado, por las alegaciones y la prueba en el proceso individual, hechos suficientes para modificar la valoración jurídica que expresa tal doctrina, la sentencia del proceso individual deberá ser estimatoria de la pretensión. Los hechos a constatar dependen de lo alegado y probado en el proceso, pero si la valoración jurídica es distinta sin que haya diferencias en los hechos constatados, hay acceso a la casación y expectativa de éxito de la misma, salvo,

40. El pár. 41 de la sentencia remite al punto 72 de las conclusiones del Abogado General, según el cual: «un consumidor que decide ejercitar una acción individual no debería verse directamente afectado por la sentencia dictada en el procedimiento colectivo, aunque evidentemente el tribunal que conozca de la acción individual tendrá en cuenta dicha sentencia». Pero ya en el pár. 30 había matizado que la articulación de esas diferentes modalidades de tutela no debía «conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

41. CACHÓN CADENAS, REYNAL QUEROL, «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales», cit., pp. 434-435, lo explican indicando que «parece razonable» mantener la misma consideración de la cláusula en el proceso colectivo y en el individual. Para LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Consideraciones sobre la eficacia prejudicial», cit., p. 159: «la sentencia que resuelve la acción colectiva de cesación en relación con una cláusula abusiva despliega, sobre todo si estima la existencia de abusividad por falta de transparencia, una cierta eficacia prejudicial (el énfasis es mío) sobre posteriores acciones individuales de nulidad de la misma cláusula por falta de transparencia».

obviamente, que la Sala Primera entienda que debe modificar su jurisprudencia sobre la transparencia.

En efecto, la negación de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia sobre tutela colectiva respecto de las pretensiones individuales, junto a la consideración de que la función tuitiva de los consumidores de la tutela colectiva «se vería frustrada si el éxito de una acción colectiva careciera de cualquier trascendencia en procesos pendientes o futuros en que se ejercitara la acción individual», conducen a la STS, Civil, Pleno, 367/2017, de 8 junio,⁴² a determinar que la eficacia de la sentencia que estima una acción de cesación —en el caso, la STS, Civil, Pleno, 705/2015, de 23 diciembre, que versaba estrictamente sobre cesación de diversas cláusulas, acompañada de la innecesaria petición de su declaración de nulidad, aunque no de pretensiones de condena a restitución de prestaciones indebidas— no solo impone el deber de cesar en su utilización a la entidad bancaria condenada, sino que (FD 2º, ap. 10):

«También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual.»

Que el instrumento para que la tutela colectiva y la individual no generen sentencias entre sí contradictorias es el que hemos indicado *supra*, se demuestra, especialmente, en las sentencias de casación que enfatizan los hechos constatados (o no) en la sentencia de segunda instancia, tanto para concluir que, en el proceso individual, los hechos constatados no dan soporte a la valoración jurídica de falta de transparencia,⁴³ como que son base suficiente para la misma.⁴⁴

42. En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 593/2017, de 7 noviembre —FD 3º, ap. 2—; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª, 53/2020, de 23 enero -FD 5º—; STS, Civil, Sección 1ª, 641/2021, de 28 septiembre (FD 3º, ap. 10-12.

43. Por ejemplo, STS, Civil, Pleno, 171/2017, de 9 marzo -FD 2º, ap. 6-7; STS, Civil, Sección 1ª, 605/2019, de 12 noviembre —FD 1º y 2º—.

44. Por ejemplo, STS, Civil, Sección 1ª, 642/2017 de 24 noviembre —FD 2º—.

3.2. El régimen de la petición colectiva de tutelas individuales conexas y su aplicación en caso de cláusulas abusivas y sujetas a control de transparencia

Como apunté en el apartado II, el régimen de las tutelas individuales conexas es el elefante en la habitación de las cuestiones prejudiciales que consideramos en este trabajo.

No sé si la solución de las dudas sobre la admisibilidad de la tutela colectiva a cesación aclarará las que afectan al régimen de petición colectiva de condena a devolución de prestaciones indebidas y de indemnización en favor de los consumidores que tienen en sus contratos cláusulas incorporadas de modo no transparente. De las tres posibilidades para interponerlas —individual en proceso separado, en acumulación objetivo-subjetiva y mediante el régimen de petición colectiva de tutelas individuales conexas que regula el Derecho nacional— la tercera de las mismas se enfrenta con el problema de si los arts. 12.2 y 16 LCGC, junto con los arts. 53 y 54 LGDCU, establecen, para las cláusulas abusivas y para las incorporadas de modo no transparente, un régimen especial respecto del común que, con todas sus imperfecciones, está regido por el art. 11 en relación con los arts. 15, 256.1. 6ª, 221, 222.3 y 519 LEC.⁴⁵ Ese régimen especial permitiría acumular la petición colectiva de tutelas individuales a la pretensión colectiva de cesación y, cabe pensar, formular admisiblemente aquella petición con arreglo al régimen procesal de la tutela de cesación.

Una respuesta afirmativa a ese problema debería implicar, en primer lugar, el reconocimiento paladino de que los arts. 12.2 LCGC y 53 LGDCU regulan algo más que la tutela de condena a cesación. Es evidente que lo hacen. Basta leer el pár. segundo del art. 12.2 LCGC y el pár. tercero del art. 53 LGDCU. Sorprende, sin embargo, que, como he expuesto en el apartado I.2, si esas tutelas adicionales a la de cesación han sido efectivamente pretendidas, se responda como lo han hecho las dos sentencias en el caso de la demanda de ADICAE. Estas sentencias, al mismo tiempo que dicen otorgar más tutelas que la de cesación, prescinden de aplicar las reglas de LEC que imponen determinar individualmente, en la misma sentencia, los consumidores identificados a quienes conceden esas tutelas adicionales (art. 221.1.1ª, pár. primero y 3ª LEC) y, de no ser posible lo anterior, establecer los criterios para especificar a quienes se les podrán conceder (art. 221.1.1ª, pár. segundo LEC), si lo piden mediante la actividad declarativa prevista —cierto que escuetamente— por el art. 519.1 LEC.

45. Parece inclinarse por admitir ese régimen especial, GASCÓN INCHAUSTI, en VV. AA., *La defensa de los consumidores y usuarios*, cit., pp. 918-919, 920-924; considera la posibilidad y la estima «muy problemática», LÓPEZ SÁNCHEZ, «Consideraciones sobre la eficacia prejudicial», cit., pp. 167-170.

Esa respuesta afirmativa también comportaría, principalmente,⁴⁶ prescindir del requisito de previa información y publicidad de la demanda (arts. 15.1, 2. y 3 y 256.1.6ª LEC), a pesar de su importancia para justificar —junto con un régimen de las respuestas de los destinatarios de las mismas, lamentablemente inexistente en Derecho español— que la eficacia de la demanda de la asociación legitimada y, en su momento, de la sentencia, se extiendan a las pretensiones de restitución e indemnización de los consumidores afectados y no solo consista, respectivamente, en una pretensión y un pronunciamiento de prohibición de utilizar determinada cláusula, o de un modo de utilizarla, respecto de lo cual la voluntad de los consumidores individualmente considerados sí que es irrelevante.⁴⁷ Efectivamente, para la tutela a cesación, la publicidad no es preceptiva (art. 15.4 LEC). Lo que no se entiende con facilidad es la trascendencia que la STC, Sala 2ª, 148/2016, de 19 de septiembre de 2016, confiere a este precepto para justificar que, al no regir los requisitos de llamamiento y publicidad, desaparezca «toda posible carga procesal del reclamante individual por tener que acudir al proceso de cesación, cuyas disposiciones (Ley de condiciones generales de la contratación y texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios) no prevén siquiera la legitimación de afectados individuales» (FJ 6º). La realidad es que, junto con la cesación, se pretendieron, también, condenas a restitución e indemnización.⁴⁸ Si las tutelas que acabo de mencionar en segundo lugar hubieran sido pretendidas al amparo del régimen que hemos llamado común, y, por tanto, la previa comunicación y la publicidad hubieran sido preceptivas, tanto la jurisprudencia del TJUE —STJUE, Sala Primera, de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14—, como los argumentos de la serie de sentencias del TC encabezadas por la STC, Sala 2ª, 148/2016, de 19 de septiembre de 2016, continuarían conduciendo a la conclusión de que el cumplimiento de tales requisitos no crea para el consumidor ninguna carga procesal —por tanto, con con-

46. Otras implicaciones han afectado, según redacciones que han ido teniendo las normas respectivas, o pueden afectar, a la competencia objetiva, territorial y adecuación del procedimiento, pero no me ocuparé de las mismas en este trabajo.

47. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, en VV. AA., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., p.427. En GASCÓN INCHAUSTI, en VV. AA., *La defensa de los consumidores y usuarios*, cit., contrasta la justificación que atribuye a la norma de previa comunicación y publicidad (pp. 954-956), con la razón —conveniencia de mayor rapidez del procedimiento— que estima suficiente para que la misma no rija en el caso de acción de cesación (p. 956), incluso —hay que pensar— si va acompañada de las de condena a restitución e indemnización.

48. También, destacando esta evidencia, ARMENGOT VILAPLANA, *Hacia la reconstrucción de la acción colectiva*, cit., pp. 215-217. De otra opinión, MARTÍN PASTOR, *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil*, cit., pp. 119-120, nota 57; podría entenderse que también es partidario del régimen especial al que me he referido *supra*, en el texto.

secuencias desfavorables si no se asume— de expresar su voluntad respecto de la acción ejercitada por la asociación.⁴⁹

Trataré, a continuación, de los aspectos del régimen de Derecho interno sobre petición colectiva de tutelas individuales conexas más implicados en unas cuestiones prejudiciales que solo de manera colateral se refieren al mismo.

3.2.1. *El presupuesto de conexidad suficiente entre las pretensiones individuales relacionadas con la cesación pretendida, su grado de conexión con ésta y la amplitud de la defensa del demandado*

Este presupuesto de admisión de la demanda necesita clarificación normativa y, hasta entonces, al menos jurisprudencial, aprovechando la primera oportunidad. Y eso tanto si se entiende que, en los supuestos de cláusulas abusivas y de cláusulas no transparentes, los artículos de la LCGC y del TRLGDCU establecen un régimen especial al que me he referido en la introducción de este apartado III.2, como si se considera —esa es mi opinión— que esos artículos han de ser aplicados interpretándolos sistemáticamente con los que rigen el que califique como régimen común de la petición colectiva de tutelas individuales conexas en Derecho español.

En el auto de planteamiento de las cuestiones y en las conclusiones de la Abogada General este presupuesto ha sido considerado bajo un punto de vista novedoso: el del art. 72 LEC, que establece los presupuestos de la acumulación objetivo-subjetiva de pretensiones —nexo por razón del título o causa de pedir, que se entenderá existente si las acciones se fundan en los mismos hechos—. A mi juicio, aunque esa referencia puede proveer argumentos para determinar el grado de conexidad requerido, la LEC distingue la acumulación objetivo-subjetiva de pretensiones y la petición colectiva de tutelas individuales conexas. Respecto de ésta, establece un régimen de demanda presentada por determinadas asociaciones y otras entidades legitimadas, con peticiones de tutela en favor de varios consumidores afectados o perjudicados «por un hecho dañoso» (art. 11.2 y 3 LEC), en cuyo significado se incluiría una cláusula contractual ilícita o un modo ilícito de utilizarla en la contratación.

Con independencia de lo que se acaba de apuntar, la cuestión sigue siendo qué han de tener en común las diversas pretensiones individuales —y éstas con las pretensiones de condena a cesación— para que su tutela sea admisible en el

49. Remito a ORTELLS RAMOS, «Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica», cit., pp. 63-66.

procedimiento que ha sido iniciado por la demanda de la asociación o de otra entidad legitimada.

El ATS, Civil, Pleno, de 29 junio 2022, se refiere a la característica de que sean «las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares» establecida por el art. 7.3 Directiva 1993/13. No obstante, advierte que, aún respecto de cláusulas que la cumplan, si la pretensión de condena a cesación se funda en la falta de transparencia, y ésta se afirma, como ocurre en el caso, de «miles de cláusulas predisuestas durante un largo periodo de tiempo, por decenas de entidades financieras diferentes, sometidas a cambios legislativos en cuanto a su formulación y sin posibilidad de contrastar la información precontractual ofrecida en cada caso a los consumidores», es en extremo difícil hallar fundamentos comunes para una valoración de transparencia unívoca respecto de todas las cláusulas impugnadas (FD 6º, ap.10). Además, acumuladas las pretensiones individuales de restitución de pagos indebidos, la diversidad aumenta (FD 6º, ap. 11), porque en el fundamento de estas pretensiones no solo inciden las diferencias antes mencionadas, sino también la variedad de cualidades subjetivas relevantes de los consumidores afectados que excluye que puede razonarse atendiendo al estándar del consumidor medio (FD 7º, ap.5).

Las conclusiones de la Abogada General también remiten a lo dispuesto por el art. 7.3 Directiva 1993/13, pero aclaran que el Derecho de la Unión no regula el requisito de homogeneidad, que han de establecer los Derechos nacionales, respetando el principio de efectividad, por lo que (pár.70):

«dado que el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 93/13 prevé el control judicial de cláusulas similares en procedimientos colectivos, el requisito de homogeneidad no puede interpretarse de manera que exija que todas las circunstancias de la acción de que se trate deban ser idénticas. Elementos tales como que una acción colectiva afecte a la misma categoría de demandados, al mismo tipo de cláusula con los mismos efectos y a la misma clase de relaciones jurídicas pueden ser, todos ellos, un fuerte indicio de que la causa de pedir es suficientemente similar como para que la acción colectiva prospere».

La Abogada General completa el razonamiento respecto de la homogeneidad refiriéndose a la Directiva de acciones de representación y a las legislaciones de transposición de la misma ya promulgadas por Alemania e Italia, para concluir (pár. 74) que:

«el hecho de que exista una normativa nacional que imponga un requisito de “homogeneidad” no permite llegar a la conclusión de que, debido a ese requisito, el recurso colectivo no es adecuado en un supuesto en el que la acción colectiva se dirige contra muchas entidades financieras y afecta a multitud de contratos. Lo determinante es examinar si la aplicación del requisito de homogeneidad permite

lograr el equilibrio correcto entre la similitud de las situaciones que abarca la acción colectiva, la economía procesal y la efectividad de los recursos colectivos.»

El problema esencial es qué ha de ser igual, y cuánto ha de serlo, entre las varias pretensiones individuales para admitir la petición colectiva —pregunta similar a la que se plantea respecto de la admisión de acumulación de pretensiones—: el mismo acto, contrato (cláusula contractual) o hecho o conducta que constituya fundamento de las mismas, o la misma justificación jurídica de todo lo anterior, aunque en la realidad todos esos acaecimientos sean distintos. A mi juicio, el requisito de homogeneidad, cualquiera sea su especificación por los ordenamientos nacionales, no depende solo de que sea igual la justificación jurídica de cada pretensión, sino de que los hechos que las fundamentan sean los mismos, o lo sean en una parte suficiente para que las actividades de alegación y prueba puedan ser útiles para resolver sobre la pluralidad de pretensiones.⁵⁰

En el caso de la demanda de ADICAE hay, además, una doble acumulación. En primer lugar, la de pretensiones de condena a cesación respecto de determinadas cláusulas contractuales frente a un gran número de entidades financieras. En segundo lugar, aunque, a la vista del tratamiento que se ha hecho en las dos instancias, es difícil determinar de qué figura jurídica se trata —acumulación, petición colectiva de tutelas individuales según un régimen especial, aunque empezó cumpliendo los requisitos del régimen común— también han constituido objeto del proceso las pretensiones de condena a restitución e indemnización de los consumidores cuyos contratos con las entidades demandadas tienen las cláusulas controvertidas en las pretensiones de cesación.⁵¹

Si las cláusulas fueran controvertidas por ser abusivas en si mismas, su igualdad o similitud podría aceptarse como presupuesto de las acumulaciones. Pero si, como ocurre en el caso de la demanda de ADICAE, lo son por su utilización de modo no transparente en la formación de los diferentes contratos, los he-

50. Remito a mis consideraciones en ORTELLS RAMOS, «Tratamiento de litigios masivos», cit., pp.184-188; ORTELLS RAMOS, «Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica», cit., pp.58-60.

51. Que esta pretensiones son objeto del proceso, e incluso han sido estimadas, aunque se ignora con qué eficacia jurídica a efectos de acceso a la ejecución de sus titulares, se demuestra por los pronunciamientos contenidos en los fallos de las sentencias de instancia y porque, impugnada la sentencia de primera instancia por desconocimiento de la cosa juzgada de una sentencia firme que ya había condenado a cesación de una cláusula igual a una de las entidades de nuevo demandadas en este proceso, estima la impugnación en cuanto a la pretensión de condena a cesación, pero no en cuanto a las de condena a devolución e indemnización, que no se habían formulado en el proceso anterior (SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018, FD 72).

chos relevantes para el fundamento de las pretensiones presentan una gran diversidad e, incluso, cierta indefinición.⁵²

Esta diferencia debe ser puesta en relación con la protección del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE), al que se refieren tanto el auto de planteamiento de las cuestiones prejudiciales, como las conclusiones de la Abogada General Medina. Hay que distinguir los presupuestos para admitir la acumulación y los que condicionan los pronunciamientos sobre la estimación de las pretensiones.

Respecto de la tutela de condena a cesación hay acumulación de pretensiones, porque las mismas se dirigen frente a gran número de entidades financieras. Para admitir esta acumulación la STJUE de 4 de julio de 2024 ha considerado suficiente (como he expuesto en el apartado II.2) que las entidades pertenezcan al mismo sector económico y que las cláusulas pongan límite al mínimo de variación del interés en préstamos con garantía hipotecaria. No ha requerido, por ejemplo, que las entidades demandadas hayan concertado estándares de contratación, ni siquiera que haya coincidencias entre los que autónomamente practiquen. No obstante, el pár. 41 de la sentencia ha dejado claro que lo que permite admitir la acumulación, no basta para fundar la estimación de las pretensiones de estricta condena a cesación.⁵³ El derecho de defensa de las entidades financieras, que ha sido demandadas en acumulación, está protegido mediante la posibilidad de alegar y probar que su concreta práctica comercial ha sido diferente a aquella de la que se pretende prohibición por no ser transparente.⁵⁴

En mi opinión, el tratamiento de las pretensiones de condena a cesación en el proceso de la demanda de ADICAE cumple lo que requiere la STJUE de 4 de julio de 2024 en cuanto a la admisión de la acumulación, no así en cuanto a los criterios que la misma establece para la estimación de las pretensiones acumuladas. La SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018, por un lado, centra lo relevante para la falta de transparencia en el modo de presentar la cláusula en el contrato (FD 13, pár. 4 al 7), sin atender a otros hechos contextuales con la formación del contrato, por otro lado, en el FD 160, pár. 3 y 4, sorprende reconociendo que: «Quizás, en el futuro, cuando se ejerciten acciones colectivas de

52. Véase *supra* apartado III.1.2.

53. El pár. 70 de las conclusiones de la Abogada General es, por el contrario, erróneo. cuando dice que algunas circunstancias comunes a las pretensiones contra varias entidades pueden ser «un fuerte indicio de que la causa de pedir es suficientemente similar como para que la acción colectiva prospere». No se trata de que la acción sea estimada (prospere), sino de que actuar frente a varias entidades sea admisible.

54. Conclusiones de la Abogada General Medina, pár. 76. Esta observación no es acertada, sin embargo, si se tiene en cuenta la amplitud que el derecho de defensa debe tener frente a las pretensiones de condena a restitución e indemnización de los consumidores con contratos afectados por la condena a cesación.

cesación basadas en el control de transparencia, este matiz (es decir, inserción mía, la necesidad de examinar la «concreta praxis estandarizada de cada pre-disponente en su sistema de contratación para dotar de transparencia el efecto económico de la inclusión de esa cláusula») pudiera justificar un control y una controversia más específica al inicio del proceso», lo que parece dar a entender que, para resolver sobre el fondo respecto de cada entidad demandada, se ha prescindido de tal examen.

Otra cosa es que en el procedimiento también deba resolverse sobre la condena a restitución e indemnización por nulidad de la cláusula en cada contrato que la incluya. En primer lugar, la procedencia de la acumulación es dudosa, porque se reducen notablemente los hechos comunes al fundamento de las pretensiones. En segundo lugar y con mayor seguridad, se lesiona el derecho de defensa de las entidades demandadas si se limita la amplitud con la que puede ser ejercido a la misma que ha de tener cuando se ejercita frente a las pretensiones de estricta condena a cesación.

Esta lesión puede haberse producido en las dos instancias del procedimiento iniciado por la demanda de ADICAE, por no distinguir el tratamiento de los objetos procesales sobre los que se resuelve —o parece resolverse— en el mismo. Es indicativo el modo en que la sentencia de segunda instancia (SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018) resuelve impugnaciones formuladas en la apelación.

Algunas planteaban que la sentencia de primera instancia debió limitarse a establecer unos parámetros para declarar nulas determinadas cláusulas por falta de transparencia, pero la nulidad en los concretos contratos —y las condenas a sus consecuencias— solo podían pronunciarse tras verificar que los contratos respondían a tales parámetros.⁵⁵ La desestimación se motiva argumentando que:

«llevaría a una total inutilidad de la acción colectiva de cesación en materia condiciones generales de la contratación cuando por medio la misma se actúe el denominado control de transparencia. Es decir, el pronunciamiento obtenido en el proceso donde se tramita tal acción colectiva, basada en la falta de transparencia de determinado tipo de condición general de la contratación, carecería de toda consecuencia práctica si para expurgar de cada contrato tal tipo de cláusula, fuese necesaria luego el ejercicio de una nueva acción individual en la que se examinase, ya en concreto, la efectiva falta de transparencia en el caso del consumidor aisladamente considerado».⁵⁶

55. Véanse los resúmenes de las impugnaciones en FD 32, 89 y 180 de la SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018.

56. FD 33 de la SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018, y, similarmente, los FD 90 y 180.

Otras impugnaciones tenían un alcance menos radical e instaban a que, atendiendo a circunstancias objetivas relevantes para el control de transparencia, la sentencia distinguiera grupos de contratos/contratantes y determinara los que debían ser afectados por la calificación de falta de transparencia y, consecuentemente, por la declaración de nulidad.⁵⁷ La sentencia basa la desestimación, por un lado, en que tales circunstancias «son absolutamente relevantes en el plano de las acciones individuales, pero no estrictamente en el de las colectivas».⁵⁸ Más específicamente, la sentencia (FD 179) argumenta que:

«la previsión del art. 221.1 LEC se ha de acomodar a la naturaleza de la acción colectiva que es propia de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, del art. 12.2 LCGC. El pronunciamiento estimatorio de dicha acción, conlleva la declaración de nulidad de la cláusula afectada, y su expulsión de todos los contratos del predisponente celebrados con consumidores, sin distinción. El art. 221.1 LEC no permite en su seno, para la acción de cesación en esta concreta y precisa materia, un discernimiento adicional entre contratantes consumidores y no consumidores, entre consumidores más o menos informados».

Y añade que:

«Por aclararlo ejemplificativamente, no se está ante acciones colectivas por daños causados a consumidores, donde precise, si es posible, fijar la extensión del daño ocasionado a cada consumidor, e individualizar el grado o cuantía de reparación debida de forma singular. Aquí lo que corresponde, simplemente, es el decaimiento de validez de la cláusula afectada, su retirada de los contratos, y, en su caso, la aplicación de los efectos patrimoniales propios de la nulidad radical».

En mi opinión, el art. 47 CDFUE impone garantizar la defensa de las entidades demandadas respecto de todos los elementos relevantes para apreciar la falta de transparencia de la cláusula en cada contrato. Esto nunca se pondría en cuestión en el supuesto de demandas individuales —o incluso en el de demandas con acumulación de pretensiones de varios legitimados activos—, por más que las expectativas de éxito de las entidades demandadas puedan perder intensidad por una doctrina jurisprudencial consolidada sobre qué se requiere para que exista transparencia. Una petición colectiva de tutelas individuales conexas, según cualquiera de los dos regímenes a los que me he referido en la introducción del apartado III.2, posibilita el enjuiciamiento de lo que es común en el mismo y único procedimiento, pero no excluye el examen judicial de lo que es relevante para la transparencia de los contratos concretos. La regula-

57. Véanse resúmenes de las impugnaciones en FD 55, 65, 82, 103, 113, 150, 178 SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018.

58. FD 56 y, similarmente, 66 y 114 SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018.

ción procesal no tiene la finalidad de cambiar los presupuestos jurídico-materiales que deben ser considerados para realizar ese examen.

Ahora bien, el procedimiento para tramitar la pretensión de condena a cesación y los objetos procesales relacionados de condenas a restitución e indemnización para los consumidores con contratos afectados, tiene una estructura que no facilita el correcto tratamiento procesal de esos objetos relacionados, ni en cuanto al ejercicio de las potestades del juez, ni en cuanto al de las posibilidades procesales de las partes.⁵⁹ Esta deficiencia hubiera sido muy grave en el tratamiento de la demanda del caso ADICAE si —como era debido por la redacción vigente de los arts. 249.1. 5º y 250.1. 12º LEC, al iniciarse el proceso el 15 de noviembre de 2010— se hubieran seguido los trámites del juicio verbal, pero no lo ha sido menos al tramitarse como juicio ordinario, como se hizo *nemine discrepante* de quienes tenían potestad de corregirlo y posibilidad de impugnarlo. Esa deficiencia del procedimiento probablemente explica que los pronunciamientos de condena a restitución e indemnización de la sentencia de primera instancia, confirmados en su mayor parte por la de segunda, no se concreten subjetivamente, ni siquiera en favor de los consumidores que estaban identificados y personados en el procedimiento. Y no es necesario aclarar, que lo que se echa de menos en las sentencias no es que no cuantifiquen esas condenas —como se apunta en el FD 179 de la sentencia de segunda instancia—, sino que no se determine a ningún consumidor beneficiado por una condena, aunque sea con reserva de liquidación.

A pesar de todo, la SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018, no puede marginar la cuestión del examen de las circunstancias relevantes para apreciar la transparencia en cada contratación singular. La drástica exclusión de la necesidad de posteriores acciones individuales y la insistencia en que la declaración de nulidad con arreglo al art. 12.2 LCGC no permite hacer más distinciones entre los afectados atendiendo al art. 221.1 —hay que entender que pár. segundo— LEC, coexisten con esta advertencia del FD 179:

«Ello siempre sin perjuicio de que posteriormente, si fuera preciso en forma litigiosa, podrían controvertirse los concretos supuestos en los que la situación individual pueda diferir relevantemente de los patrones de juicio que se tomaron en consideración en el análisis abstracto, dada la falta de generación de efecto de cosa juzgada de las resoluciones dictadas en ejercicio de acciones colectivas en esta materia respecto a procesos de acciones individuales».

59. Una exposición sintética y crítica de las dificultades, al hilo de los intentos de aplicar el régimen de acumulación de pretensiones a un número de las mismas que excede del que podía imaginarse al diseñar ese régimen, en ORTELLS RAMOS, *Tratamiento de la litigiosidad masiva*, cit., pp. 188-198.

3.2.2. Arts. 221.1. 1ª, pár. segundo y 519.1 LEC: amplitud de la defensa frente a las solicitudes de especificación de que los requisitos establecidos en la sentencia concurren en consumidores determinados

La forma litigiosa de las posibles controversias, que evoca el FD 179 de la SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018, puede ser o bien una demanda individual del consumidor —o de varios de ellos acumulando pretensiones—, o bien la solicitud prevista por el art. 519.1 LEC, mediante la que se iniciaría una actividad procesal declarativa escuetamente regulada por esta disposición.

La primera forma no necesitaba de la salvedad que le dedica la sentencia, porque, atendidas la STJUE, Sala Primera, de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14—, y la serie de sentencias del TC encabezadas por la STC, Sala 2ª, 148/2016, de 19 de septiembre de 2016, el consumidor siempre puede pretender individualmente la tutela judicial de su derecho.

En cuanto a la segunda, es anómalo que solamente la mencione la sentencia de primera instancia, y, además, no formando parte de sus pronunciamientos, ni de su motivación, sino al resumir las peticiones de la demanda en los antecedentes de hecho. Es más, el contexto del FD 179 de la SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018, da a entender que esta vía tiene una función limitada —determinar la extensión del daño sufrido por el consumidor y la cuantía de su reparación—, que no es necesaria respecto de los pronunciamientos de las sentencias del caso.

Sin embargo, aunque no cite aquella disposición de LEC, ni describa correctamente la función que cumple, el pár. 77 de las Conclusiones de la Abogada General Medina se refiere a las mismas al indicar que:

«Una última cuestión que plantea el órgano jurisdiccional remitente es la complejidad adicional que suscita el presente asunto debido a que se haya acumulado a la acción de cesación una acción de restitución de los pagos abonados en virtud de la cláusula declarada abusiva. A ese respecto es preciso señalar que determinar el método de ejecución de una sentencia en un procedimiento colectivo es una cuestión de Derecho procesal nacional. Las eventuales dificultades que surjan en fase de ejecución no son un criterio jurídico para excluir los procedimientos de recurso colectivos.»

La cuestión básica es si, mediante la aplicación del art. 519.1 LEC, se puede garantizar, en cumplimiento del art. 47 CDFUE, el derecho a la tutela judicial efectiva de las entidades demandadas en el proceso de declaración, en cuanto derecho a la defensa respecto de los objetos procesales, relacionados con la tutela de condena a cesación, de nulidad de las cláusulas en los concretos con-

tratos y sus consecuencias de condena a devolución de pagos indebidos e indemnización.

El examen del primer inciso del art. 519.1 LEC permite concluir que respeta, en esencia, el derecho de defensa de la parte contra la que se ha dictado la sentencia estimatoria, aunque las específicas posibilidades procesales mediante las que ese derecho se puede ejercer no son iguales a las que tendría si la solicitud se presentara como una demanda a tramitar según el procedimiento adecuado por la cuantía.

El art. 519, por su sede sistemática y por su finalidad, está tan vinculado al proceso de ejecución que es razonable dudar, y se ha dudado, si forma parte de la misma.⁶⁰ En mi opinión, la parte de la disposición que trata de una solicitud, de la audiencia a la contraparte y del auto que resuelve sobre la primera, regula una actividad procesal declarativa. Lo hace, no obstante, con una total indeterminación procedimental, que genera divergencias doctrinales y de práctica forense sobre los actos de las partes y sus posibilidades y cargas.⁶¹ Es evidente que la solicitud del consumidor ha de ser fundada, precisamente para posibilitar que se dicte una resolución que compruebe si, respecto del solicitante, se cumplen o no los criterios establecidos por la sentencia con arreglo al art. 221.1. 1ª, párr. segundo. Por lo demás, aquella indeterminación genera inseguridad respecto del régimen de las posibilidades de alegación, de prueba y de recursos.⁶²

Con todo, el mayor obstáculo para una respuesta afirmativa a aquella cuestión básica viene dado por el modo en que la sentencia de primera instancia dictada sobre la demanda del caso ADICAE ha delimitado el pronunciamiento de condena a abstención y los pronunciamientos relacionados de declaraciones de nulidad y condenas a restitución e indemnización respecto de los concretos contratos.

Si los pronunciamientos del fallo de la sentencia de 7 de abril de 2016 del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid se interpretan literalmente, al solicitante le bastará acreditar —aparte de que contrató como consumidor— que en su contrato hay una cláusula suelo idéntica «a las transcritas en el punto 1.3 del primer fundamento jurídico» de la sentencia. Y a la entidad, condenada en esa sentencia y frente a la que se dirija la solicitud, no le serán admisibles ale-

60. Véanse las referencias en el cuidadoso trabajo de MASCARELL NAVARRO, «Adhesión a la sentencia colectiva de condena», cit., pp. 70-76.

61. Véase, MASCARELL NAVARRO, «Adhesión a la sentencia colectiva de condena», cit., pp. 103-111.

62. Remito a las indicaciones de MASCARELL NAVARRO en el trabajo y páginas citados en las dos notas inmediatamente anteriores; y a LACUEVA BERTOLACCI, *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios*, pp. 87-136.

gaciones, ni pruebas, respecto de las circunstancias relevantes para la apreciación de la transparencia que sean diferentes a la de la forma en la que la cláusula aparece en el contrato. Por decirlo en los términos del FD 179 de la SAP Madrid, Sección 28ª, 12 noviembre 2018, no podrán «controvertirse los concretos supuestos en los que la situación individual pueda diferir relevantemente de los patrones de juicio que se tomaron en consideración en el análisis abstracto». Las situaciones individuales, por continuar con la terminología de esta sentencia, no pudieron ser enjuiciadas en el previo proceso de declaración, pero tampoco podrán serlo en el complemento declarativo que habilita, escuetamente, el art. 519.1 LEC. Es decir, respecto de los objetos procesales relacionados con la pretensión de estricta condena a cesación, no habrá cauce para que las entidades demandadas puedan ejercer, con la amplitud correspondiente a tales objetos, el derecho que les reconoce el art. 47 CDFUE.

Si los pronunciamientos de la citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil se interpretan sistemáticamente con las declaraciones formuladas en su motivación, como he expuesto en el apartado I.2 de este trabajo, la cuestión de la falta de transparencia en el modo de utilizar las cláusulas controvertidas en la actividad de contratación queda completamente abierta, pero también para el consumidor que opte por formular la solicitud del art. 519.1 LEC.

4. Bibliografía

- AGÜERO ORTIZ, A., «Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 171/2017 de 9 marzo», en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104, mayo — agosto 2017
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «¿Y ahora qué?», en *InDret* 1/2017
- ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012
- ARMENGOT VILAPLANA, A., *Hacia la reconstrucción de la acción colectiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020
- ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013
- BELLIDO PENADÉS, R., *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en Derecho privado (español y de la Unión Europea)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022
- BUJOSA VADELL, L., «La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión», en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, IUSTEL, Madrid, 2007

- CACHÓN CADENAS, M., REYNAL QUEROL, N., «Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios. Comentarios a dos resoluciones recientes de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015, núm. 2, pp.425-446
- CÁMARA LAPUENTE, S., «¿Quién teme al control de incorporación (B2B)? En torno al aparente «sí, pero no» de las SSTs 20.1.2020, 11.3.2020 y 12.6.2020, entre otras (y réplica de buena fe al prof. Pertíñez)», en *Diario La Ley*, núm. 9667, 6 de Julio de 2020
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «Condiciones generales de la contratación y no consumidores. Obstáculos para el control de transparencia», en *Actualidad Civil*, núm. 7, julio de 2020
- GARNICA MARTÍN, J., en AA. VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Fernández- Ballesteros, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombau, J. F. (coord.), Iurgium Editores, Atelier, 2001
- GASCÓN INCHAUSTI, F., en VV. AA., *La defensa de los consumidores y usuarios*, Rebollo Puig, M., Izquierdo Carrasco, M., (dir), IUSTEL, Madrid, 2011
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., en VV. AA., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Cámara Lapuente, S. (dir.), COLEX, Majadahonda (Madrid), 2011
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999
- JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014
- LACUEVA BERTOLACCI, R., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», en *Derecho, Justicia y Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, II, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Consideraciones sobre la eficacia prejudicial de una acción colectiva», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Montesinos García, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- MARTIN PASTOR, José, *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007
- MARTIN PASTOR, José, *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS

- sobre novación y transacción de cláusulas suelo», en *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019)
- MASCARELL NAVARRO, M.J., «Adhesión a la sentencia colectiva de condena de los consumidores y usuarios no determinados individualmente (la vía del art. 519 LEC)», en *Justicia*, 2018, núm. 2
- ORTELLS RAMOS, M., «Litigiosidad masiva y proceso civil», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, García-Rostán Calvin, G., Sigüenza López, J. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 223-256
- ORTELLS RAMOS, M., «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, Mayo (2021)
- ORTELLS RAMOS, M., «Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia», en *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Marimón Durá, R. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 157-205
- ORTELLS RAMOS, M., «Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas en el proceso civil español. Las normas y su aplicación», en *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Ortells Ramos, M., Cucarella Galiana, L. A., (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 25-81
- ORTELLS RAMOS, M., «Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Montesinos García, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «¿Qué son a juicio del Tribunal Supremo los requisitos de incorporación? O por qué a un taxista se le elimina una cláusula suelo y a otro no», en *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones jurídicas*, <https://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 14 mayo 2020
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *InDret* 3/2013
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Giro en la doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas suelo: el deber de transparencia se ancla en la mera inclusión de la cláusula en la documentación precontractual. STS núm. 366/2023 de 13 de marzo», en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 123, septiembre-diciembre, 2023
- REYNAL QUEROL, N., «El proceso testigo en el proyecto de ley de eficiencia procesal», en *Justicia*, 2022, núm. 1, pp. 65-121
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Los controles de «transparencia» y «contenido» en los contratos celebrados entre empresarios/as (autónomos, microempresas y Pymes): una quimera cada día más cerca de la realidad. Comentario a la STS, Sala 1ª (Pleno), de 30 de enero de 2017», en *Revista Cuadernos Civitas*

de Jurisprudencia Civil, núm.105, septiembre — diciembre 2017

VICENT CHULIÁ, F., «Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Nieto Carsí, U. (dir.), Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000

XX | La competencia objetiva de las futuras secciones de infancia, familia y capacidad en los tribunales de instancia

Francesc Xavier Pereda Gámez
Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

Querido Manolo:

Tan desconectado estoy de la UAB, que, si no fuera por Joan, no me habría enterado del merecido libro que, en homenaje a tu persona y a tu trayectoria, se va a editar.

Me hubiera gustado colaborar con un artículo de Derecho procesal, avanzado, como te mereces, quizás sobre la especialidad, las competencias y los procesos de infancia, familia y capacidad, cuya unicidad finalmente el legislador ha admitido en la Disposición Adicional vigésima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

A falta de mayor tiempo y sosiego, quiero por ello darte cuenta de las preocupaciones que han llevado a un grupo de treinta jueces, abogados y otros profesionales a configurar, ya desde 2022, una Propuesta, la del Grupo de Trabajo de la Plataforma Familia y Derecho, para la Especialización, en el orden jurisdiccional civil, en Infancia, Familia y Capacidad.

La sociedad actual exige un alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema judicial y una Justicia eficaz debe de garantizar el respeto de los derechos de todos y todas y facilitar con ello la paz social y el sistema judicial ha de ser piedra angular de la defensa de los derechos fundamentales y, sobre todo, un sistema de solución de los conflictos humanos. Ello se hace mucho más evidente en el caso de los niños, niñas y adolescentes en situación de violencia o riesgo, de los matrimonios y parejas cuando entran en crisis, especialmente de

las mujeres cuando no se tiene en cuenta una perspectiva de género, de las personas con discapacidad, en suma, de los sujetos de Derecho más vulnerables de nuestra sociedad.

Desde el punto de vista jurídico, es indudable el reconocimiento supranacional de la protección de la infancia, de la familia y de las personas en situación de fragilidad (Convenio sobre los Derechos del Niño, Convenio sobre Protección de las Personas con Discapacidad, Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Convenio Europeo de Derechos Humanos, otros Convenios sobre Protección de la Familia) y el Texto Constitucional proclama la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos y de las madres, la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio y la atención de las personas con discapacidad (art. 49 CE).

El Derecho procesal de la Familia, si me permites la expresión, tiene un entronque supranacional, en la atención de los compromisos convencionales, transnacionales y transfronterizos, la asunción del Derecho de la Unión Europea en estas materias, la protección integral ante la violencia familiar, la introducción de la perspectiva de género, el apoyo a las personas discapacitadas.

Estos conflictos han estado siempre presentes en la práctica de los juzgados y tribunales, que se han ido adaptando de forma insuficiente a las peculiaridades de estas materias. En todo el territorio nacional y por vías diferentes (Decretos de creación, Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial) existen 140 Juzgados de Familia e Incapacidades. No obstante, la falta de especialización de los órganos y de los jueces y juezas, la atención territorial desigual entre los núcleos urbanos y la España vaciada y una movilidad constante de los titulares de los órganos provocan una atención irregular (con afectación de la igualdad, del derecho de todos y todas a una justicia especializada) e impiden la profundización en la materia y una respuesta de suficiente calidad. A ello debe unirse, la infra-dotación e implementación desigual de los equipos psicosociales y la falta de fiscales especializados en familia que cubran las necesidades de estos juzgados.

El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (2019) ya destacaba la importancia cualitativa y cuantitativa de los asuntos de Derecho de familia: 180.000 Sentencias; 600.000 ciudadanos o familias afectadas por las resoluciones judiciales en materia de familia (340.000 adultos y 260.000 niños) y un dato adicional de importancia: que en el 70% de los casos la sentencia no pone fin al conflicto ni a las cuestiones suscitadas, ya

sean respecto de los hijos, de las medidas, o de la liquidación del régimen económico.

En este sentido, la actuación judicial exige conocer en profundidad el Derecho internacional y europeo procesal, desarrollar habilidades de conciliación, mediación y resolución de conflictos, afianzar conocimientos psicológicos, culturales y sociológicos, desarrollar las capacidades de coordinación con otros agentes sociales. Su labor se plantea con frecuencia directamente relacionada con la necesaria acción de los Servicios Sociales y de la Administración educativa y sanitaria. Se hace necesaria la integración de la transversalidad como instrumento de solución de estos asuntos y la formación y atención especializada de los diversos operadores jurídicos y sociales implicados.

La Ley Orgánica n. 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica n. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género y avanza hacia una efectiva formación y especialización en violencia de género de los profesionales que trabajan en este ámbito, por ser un elemento clave para una adecuada respuesta judicial. Dentro del apartado 5, dedicado al «Impulso de la formación que garantice la mejor respuesta asistencial», incluye medidas dirigidas a profundizar en la formación de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal. En concreto, la medida número 159 insta a una formación especializada más amplia en dichas materias tanto de los juzgados especializados en violencia de género, como también de los jueces y juezas de familia y de menores. La medida número 160 contiene un mandato de aumento de la capacitación judicial en «Derecho antidiscriminatorio, incluyendo la perspectiva de género y la transversalidad, en las oposiciones a judicatura, Escuela Judicial y formación continua anual impartida por el Consejo General del Poder Judicial, pasando esta materia a ser obligatoria y evaluable». Asimismo, obliga a una reforma legal para introducir pruebas específicas en violencia de género, como requisito para concursar a órganos judiciales especializados.

En Cortes actualmente el Proyecto de Ley de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de la Justicia, la ocasión es inmejorable para dar una nueva redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial que introduzca con carácter general, la creación en los Tribunales de Instancia de una Sección de Infancia, Familia y Capacidad, que extiendan su jurisdicción a todos los partidos judiciales o partidos judiciales agrupados correspondientes.

En este sentido, muchos predicamos una definición de las competencias de los tribunales de infancia, familia y capacidad en un entronque que conjugue lo sustantivo con lo procesal.

La definición de las competencias de las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad de los Tribunales de Instancia no puede partir sólo de las materias (matrimonio y filiación, como bloques tradicionales del Derecho de Familia), ni de la escueta remisión al título de la especialidad, (infancia, familia, capacidad) o a su desarrollo (protección de menores, divorcio, separación y nulidad, instituciones de apoyo a las personas con discapacidad). Tampoco es posible la concreción de las competencias por categorías procesales o tipos de procedimiento: una remisión a la dicotomía «procesos contenciosos» — «procesos de jurisdicción voluntaria» es limitada y una enumeración exhaustiva de todos los procedimientos sería ardua (más de cincuenta) y confusa. No es suficiente tampoco la remisión, en general, o una mención específica de los procedimientos del Título I del Libro Cuarto de la LEC y a los capítulos I a VIII del Título II y del Título III de la LJV, porque ello daría pie a una relación poco clara y manejable y que se podría ver sometida a constantes cambios por las sucesivas reformas.

Hay que integrar, en suma, el derecho supranacional y constitucional con el sustantivo y procesal, para definir con rigor estas competencias. Como sucede en otras determinaciones competenciales («social», «contencioso-administrativo», «mercantil»), es preciso aglutinar la materia en «bloques» coherentes, manejables e identificables que los operadores puedan aplicar sin error. La definición de las competencias ha de permitir establecer el alcance y los límites de la especialización en Infancia, Familia y Capacidad para un conjunto de órganos jurisdiccionales dentro del Poder Judicial (a diferencia de las Normas de Reparto, que tienen por objetivo la distribución equitativa de la carga entre los distintos órganos judiciales con el mismo contenido competencial).

Es conveniente ahora describir en detalle las competencias que deben ser asignadas a los nuevos Juzgados y Secciones especializadas, en torno a la redacción de un nuevo artículo 86.5 LOPJ:

Las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad de los Tribunales de Instancia han de conocer, de forma exclusiva y excluyente, en las siguientes materias:

- a) Los procesos cautelares de protección de menores, en cualquier tipo de proceso civil. La primera necesidad a afrontar es la de protección de los niños, niñas y adolescentes. Desde la Disposición Transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, pasando por el art. 158 C.c. y por las previsiones de algunos derechos forales (art. 10 CDFA, ley 74 CDCFN, art. 236-3 CCCat), se ha hecho sentir siempre la necesidad de la protección cautelar de los menores, especialmente en los aspectos personales, en relación con el ejercicio inadecuado de la patria potestad de sus progenitores, o para evitar a los hijos per-

turbaciones dañosas y, en general, para apartarlos de un peligro o evitarles perjuicios.

La necesidad de este tipo de medidas cautelares se puede apreciar en los procesos de crisis familiar más conflictivos (matrimonial, no solo en forma de medidas provisionales, o de medidas cautelares en las uniones de convivientes o uniones estables de pareja), y también en los procesos de filiación, en las controversias de patria potestad, en la protección de menores desamparados, incluso en la ejecución de sentencias o en cualquier otro proceso que afecte a menores. Los procesos cautelares se van configurando cada vez con mayor independencia conceptual, no siempre dependientes de un proceso principal. La resolución judicial cautelar comporta una inversión de la iniciativa del contradictorio. Se requiere de una apreciación flexible por parte del juez o jueza de los requisitos tradicionales, en especial en una perspectiva de protección de los derechos fundamentales.

Recientemente, la Ley Orgánica 8/2021 ha introducido la posibilidad de regulación, denegación, suspensión o modificación de las relaciones parentales por concurrencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (lo que ha dado lugar a una nueva redacción de los art. 94, p.4 C.c., ley 71 CDCFN, art. 233-1.2, 233-11.3 y 236-5, 3 y 4 CCCat). Estas reformas inciden en cualquier tipo de proceso judicial civil y dan pie a tramitar medidas cautelares civiles (en cualquier caso y sin perjuicio de las competencias de los Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer).

La reforma del Código civil de 2021 introduce también las medidas cautelares judiciales respecto a menores en tutela administrativa a causa de desamparo (art. 200 C.c.), las medidas de vigilancia del tutor (art. 209 C.c.) y el control de la guarda de hecho de un menor (art. 237 C.c.).

Han de ser posibles todo tipo de medidas cautelares, personales o patrimoniales, de carácter educativo, médico o económico.

- b) La sustracción internacional de menores ha de suponer la competencia de los Juzgados de Infancia, Familia y Capacidad para la declaración sobre ilicitud del traslado de un menor (art. 778 sexies LEC), para la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y para las medidas relativas a la devolución de los menores (art. 778 quarter y quinquies LEC).

Destaca la necesidad de fijar plazos más abreviados para la resolución judicial y la colaboración entre juzgados y tribunales de distintos países.

Esta materia se caracteriza por una muy marcada coherencia conceptual de origen convencional y procesal.

- c) El control judicial en materia de desamparo y de otras resoluciones administrativas de protección de menores. Incluye, por una parte, los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 779 a 781 LEC), incluidas las reclamaciones sobre régimen relacional con los progenitores (impugnación o reclamación de las «visitas» fijadas por el centro de acogida o por la Administración).

Hay que contemplar en este control la autorización judicial de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores (art. 778 ter LEC).

La reforma del Código civil de 2021 permitiría añadir las medidas cautelares judiciales respecto a menores en tutela por desamparo (art. 200 C.c.), pero su entronque es más claro dentro de los procesos cautelares de protección de menores, como hemos visto.

También incluimos las oposiciones a las resoluciones de la Entidad Pública (incluso por silencio administrativo) sobre menores extranjeros no acompañados (MENA) y las derivadas de la determinación de la mayoría de edad a través de Decreto de la Fiscalía.

Se corresponde con este apartado el control de los Derechos Fundamentales de los menores en los ingresos en centros de menores con trastornos de conducta (art. 778 bis LEC), que se concreta en el control judicial del ingreso preventivo urgente y en el control de las actuaciones e intervenciones de la Administración (medidas de seguridad, contención verbal y emocional, mecánica y física, el aislamiento, los registros personales y materiales). También se contemplan las restricciones al régimen de visitas, de permisos de salida o comunicaciones y el control por cambio de centro.

- d) Las relaciones de los menores con sus abuelos, parientes y allegados. En la concreción del mal llamado «derecho de visita», o del «régimen de estancias, relación y comunicación» de abuelos y otros parientes con los menores (art. 94 y 160 C.c., 233-12 CCCat y 250,13 LEC), debe darse prioridad al interés del menor, adoptando una perspectiva competencial centrada en el niño o niña y no en el adulto y, a pesar del encaje sistemático de los preceptos sustantivos citados en las reglas de la crisis matrimonial (C.c.) o en las relaciones paterno filiales (CCCat).

Entendemos que han de tener una consideración independiente, como materia propia de los Juzgados de Infancia, Familia y Capacidad.

- e) Los expedientes de jurisdicción voluntaria y otros que afecten a menores. A modo de «cierre», se incluyen en este apartado la competencia de los Juzgados de Infancia, Familia y Capacidad referidos a niños, niñas y adolescentes tanto en aspectos personales como patrimoniales que se llevan a cabo por los tramites de la Jurisdicción Voluntaria. Nos referimos, a título de ejemplo, a los expedientes sobre concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad (art. 239, 3º C.c., ley 48 CDCFN), a las intromisiones en derechos de la personalidad y a la autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor (art. 20 CDFA y 59 LJV).

También contemplamos en este apartado los expedientes de jurisdicción voluntaria sobre actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores (art. 15 CDFA, 236-27 CCCat, 61 a 66 LJV).

- f) Las acciones derivadas de la crisis matrimonial o de la unión de hecho. Incluyen las medidas provisionales, previas o coetáneas, su ratificación o modificación, las acciones ejercidas en los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial (arts. 770 y 777 LEC) y la regulación de sus efectos (art. 91 C.c., ley 104 y 112 CDCFN, art. 233-4 CCCat).

Dentro de estas acciones está la de eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos y decisiones pontificias (art. 778 LEC) y también los procedimientos sobre determinación de los efectos de la ruptura de uniones de convivientes o uniones estables de pareja y referentes a guarda y custodia de hijos menores o sobre sus alimentos (art. 234 CCCat y 748, 4º LEC).

Hay que contemplar también en este concepto la liquidación de régimen económico matrimonial y de los patrimonios comunes entre convivientes y la cesación de situaciones de proindiviso (art. 249.2, 437.4.4 y 806 y ss. LEC), entendida como efecto del divorcio, separación o nulidad o crisis de pareja, referida a los casos en que su ejercicio se realiza acumuladamente al procedimiento matrimonial o de crisis de pareja. Estarían excluidas las liquidaciones, divisiones o reclamaciones de tipo patrimonial entre cónyuges, convivientes o miembros de uniones estables de pareja por otras causas, propias de juicio declarativo ordinario, a presentar ante el Juzgado de Primera Instancia. Alejados del momento temporal de la crisis, la acumulación competencial de estas acciones pierde sentido. Los procesos patrimoniales ya no son procesos fami-

liares, se convierten en procesos universales, o de simple división de cosa común, o de reintegros entre ex cónyuges, ex convivientes o ex miembros de uniones estables de pareja.

Se incluyen en estas acciones los procedimientos de modificación de efectos de sentencia (art. 775 LEC, 233-7 CCCat).

Puede incluirse también las resultas de la crisis de otros grupos familiares, como las relaciones convivenciales o las comunidades de ayuda mutua (art.240-1 CCCat, ley 107 CDCFN).

- g) Las acciones de filiación y adopción han de comprender las de determinación, reclamación e impugnación de la filiación, así como las reclamaciones de paternidad y maternidad (art. 748,2 y 764 a 768 LEC) y las peticiones acumuladas de cambio de apellidos.

En esta materia se incluyen los expedientes de jurisdicción voluntaria sobre adopción y asentimiento en la adopción y las reclamaciones derivadas de las relaciones nacidas por la aplicación de técnicas de reproducción asistida humana.

- h) Las controversias o desacuerdos sobre el ejercicio de la responsabilidad parental y acciones derivadas de la tutela y de la guarda de menores.

Las primeras vienen contempladas en los art. 156 C.c., 236-13 CCCat y ley 67 CDCFN, respecto a la patria potestad (C.c.), la potestad parental (CCCat), la potestad de guarda y la autoridad familiar (CDFA). Son conocidas, entre otras, las controversias que puedan plantear los progenitores por cambio de domicilio o de centro escolar, elección del tipo de enseñanza, actos religiosos, elección de actividades extraescolares o decisiones sobre vacunas o tratamientos médicos, o las negativas a la autorización o renovación de pasaporte o documento nacional de identidad.

Se incluyen también en este apartado los conflictos relativos al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda, la acción de privación de la patria potestad (art. 170 C.c., 236-6 CCCat, ley 68 CDCFN) y la atribución del ejercicio exclusivo a uno de los progenitores en supuestos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro progenitor.

Desde el punto de vista patrimonial y bajo este epígrafe debe admitirse también la competencia de los jueces de Infancia, Familia y Capacidad para resolver los conflictos relativos a la administración de los bienes del menor (art. 158 C.c., 236-3 CCCat y art.87 LJV).

En este mismo grupo de acciones y como derivadas de las relaciones paterno-filiales hay que contemplar también las derivadas de la tutela y la guarda de menores: constitución judicial de la tutela (art. 44 LJV), tutela judicial de menores desamparados (art. 222 C.c.), remoción y excusa (art. 223), rendición de cuentas (art. 232), nombramiento de defensor judicial (art. 235), etc.

- i) Los alimentos entre parientes, que vienen regulados sustantivamente en los arts. 142 y ss. C.c. y 271 y ss. CCCat y procesalmente en el art. 250.1 8º LEC.

Es esta una materia coherente, de reclamaciones entre parientes mayores de edad, que incluye las modificaciones y la extinción de las pensiones por cambio de circunstancias (arts. 147 y 152 C.c.).

- j) El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Regulado en el art. 763 LEC, implica la necesaria intervención de la autoridad judicial, en garantía del derecho fundamental a la libertad, ahora, conforme al modelo social de apoyo a las personas con discapacidad.

Incluye tanto el internamiento acordado judicialmente como el urgente y preventivo y su validación y los ingresos como medidas de apoyo a personas con discapacidad por trastornos de conducta (disruptiva, asocial o agresiva), el ingreso no voluntario para tratamiento de deshabitación o desintoxicación y el derivado de trastorno alimentario (anorexia, bulimia).

En los territorios en los que así esté previsto, incluye los ingresos en residencias geriátricas y de personas mayores.

- k) Las medidas de seguimiento, cautelares y preventivas en materia de apoyo a las personas con discapacidad (art. 52 LJV y 762 LEC).

En el contexto de una mayor interacción del Tribunal de Instancia y del Ministerio Fiscal con los Servicios Sociales y de la Administración sanitaria, la competencia del juez o jueza de Infancia, Familia y Capacidad se ha de extender, si se insta por personas legitimadas, a recabar informes de la situación al guardador de hecho y a las personas que se ocupen de los afectados, a practicar requerimientos informativos o reclamar daciones de cuentas, a establecer primeras medidas cautelares de control, a apoyar a las personas discapacitadas en las dificultades que puedan afrontar para el ejercicio de sus derechos.

- l) La provisión o adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, comprende por una parte y los expedientes de jurisdicción voluntaria de adopción de medidas judiciales (art. 42 bis a LJV),

preferentes, y por otro los procesos contenciosos de provisión de medidas (art. 759 y ss. LEC), en los que el juez o jueza puede llegar a imponer las medidas en contra de la voluntad del afectado. En este apartado quedan comprendidos el nombramiento de defensor judicial, el reconocimiento de guardador de hecho, las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de persona con discapacidad y la petición del guardador de hecho de autorizaciones judiciales para la atención, con cobertura jurídica, de necesidades concretas (art.87 LJV).

Incluye las revisiones trienales de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad (Disposición Transitoria Quinta de la Ley n. 8/2021) y la revisiones trienales o sexenales establecidas en las nuevas sentencias sobre medidas de apoyo (art. 268 C.c.). También contempla las modificaciones que supongan ampliación, reducción o eliminación de las medidas de apoyo.

Se incluyen en este epígrafe las pretensiones sobre extinción de poderes preventivos y las demandas basadas en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (y de las leyes 44 y 45 CDCFN).

- m) El reconocimiento de sentencias extranjeras y la ejecución de las resoluciones judiciales sobre menores, familia y medidas de apoyo.

Hemos de contemplar aquí, en primer lugar, las resoluciones de otros países de la Unión Europea sobre estas materias que, en virtud de los Reglamentos, sean directamente ejecutables (Capítulos IV del Reglamento 2019/1111, del Reglamento 2016/1103, del Reglamento 2016/1104 y del Reglamento 4/2009).

También se incluye el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros y procedimiento de exequátur en materia de Derecho de Familia (art. 44 y ss. LCJI).

En cuanto a las ejecuciones de sentencias judiciales en materia de Infancia, Familia y Capacidad hay que tener en cuenta que presentan características especiales:

En materia de Infancia, la ejecución ha de pretender la efectividad de la protección del menor como víctima de violencia o como persona inmersa en el conflicto parental y obliga a la autoridad judicial a velar por ella por todos los medios (equipos psicosociales, puntos de encuentro, mediador familiar, coordinador de parentalidad, etc.).

Se incluye también la ejecución para la restitución internacional de los menores, incluida la mediación (778 quinquies, 13 LEC) y el seguimiento ejecutivo de las resoluciones judiciales sobre desamparo y otras resoluciones administrativas.

En materia de Familia, la ejecución ha de conllevar el cumplimiento de todo lo resuelto: el correcto desarrollo del régimen de guarda y custodia y del régimen relacional con los progenitores (estancias, relación y comunicación, etc.), la efectiva atribución del uso de la vivienda familiar, la atención de las obligaciones económicas alimenticias o compensatorias, por la vía de apremio si es preciso, y la liquidación ordenada del régimen económico (arts. 806 y ss. LEC). En particular, no se excluye la ejecución de las cláusulas de los convenios reguladores homologados por sentencia, las referidas a la división de la cosa común y otras cuestiones patrimoniales.

En materia de Capacidad, una vez establecida, en sentencia o en auto, la concreta institución de apoyo (curador, asistente, etc.), concretados los ámbitos de intervención en actividades básicas, instrumentales o avanzadas de la vida diaria (ABVD, AIVD o AAVD) y establecidas las salvaguardas (ante posibles excesos o derivados de la no consideración de la voluntad del afectado), el juez o jueza de Infancia, Familia y Capacidad ha de afrontar una ejecución «abierta», que abarca los expedientes de jurisdicción voluntaria de nombramiento de curador o asistente (si no se resolvió en sentencia o auto), la remoción o excusa del cargo de apoyo, las rendiciones de cuentas, la protección del patrimonio de las personas con discapacidad.

La remisión a las normas procesales (arts. 517 y ss., 706, 766 LEC), debe completarse con la necesaria integración de la actuación de los profesionales dedicados a la atención de los niños, niñas y adolescentes, de los cónyuges, convivientes o miembros de uniones estables de pareja y de las personas con discapacidad (psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas familiares, coordinadores de parentalidad, mediadores, médicos, otros profesionales), siempre en busca de una solución acertada a estos conflictos.

- n) Cualesquiera otras materias que afecten a la infancia, la familia o las personas con discapacidad, como cláusula de cierre. Se pueden incluir aquí los demás procesos contencioso o de jurisdicción voluntaria en esta materia, como la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, la habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de un defensor judicial (letrado o no) del menor, la dispensa del impedimento matrimonial, el desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.

También se incluyen aquellos procesos sobre los que se tenga duda sobre su inclusión en los anteriores apartados, los expedientes de asistencia jurídica gratuita y las resoluciones interlocutorias e incidentes de estos procesos.

Se contemplan también aquí los recursos contra las resoluciones de Registro civil en materia de Derecho de Familia (art. 781 bis LEC y art. 87 LRC), que por coherencia parece que no deben dejarse en manos de los jueces de primera instancia generales y cuya repercusión numérica en la carga de trabajo no parece significativa.

Como consideraciones finales, damos por supuesto que las Secciones Especializadas de las Audiencias Provinciales entenderán, en segunda instancia, de las mismas materias.

Los conflictos de competencia entre Juzgados de Secciones de Tribunales de Instancia sobre la Mujer y las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad o entre diversas Secciones de esta misma clase deberán ser resueltos por la Sección especializada en Infancia, Familia y Capacidad de la respectiva Audiencia Provincial o por el órgano superior común si pertenecieran a distintas provincias.

La especialización en Infancia, Familia y Capacidad ayudará a desarrollar mecanismos preventivos (orientación, mediación, conciliación) y ejecutivos (coordinador de parentalidad, Puntos de Encuentro, asistencia legal), a aumentar su eficacia y a favorecer una mayor previsibilidad de la respuesta judicial.

Por otra parte, el art. 544 ter apartado 7 último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma de 2021, centra la competencia funcional en materia civil de las (futuras) Secciones de los Tribunales de Instancia de Violencia contra la Mujer en la protección integral e inmediata de la víctima y, en su caso, de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y en la forma de su ejercicio, con su suspensión o posible excepcional mantenimiento. Determina estas competencias y su validez sólo temporal, con remisión de las partes al Juez de familia que resulte competente.

El precepto prevé como paso natural posterior a la orden de protección y a las medidas cautelares civiles la incoación a instancia de la víctima o de su representante legal de un proceso de familia ante la jurisdicción civil, es decir remite a la competencia general de las Secciones de los Tribunales de Instancia especializadas en Infancia, Familia y Capacidad.

Las competencias civiles de las Secciones de los Tribunales de Instancia de Violencia sobre la Mujer y las competencias civiles de las futuras Secciones de los Tribunales de Instancia de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, si las

hubiere, deben limitarse a los aspectos que, no contemplados en la orden de protección y propias de infancia, familia y capacidad estén directamente relacionadas con la protección urgente de las víctimas y la solución provisional del conflicto. La vis atractiva de estos órganos debe atender a la urgencia del caso, pero la estructura y función de estos tribunales no puede resolver con suficientes garantías las problemáticas más complejas y no urgentes, que deben ser conocidas por los órganos de la jurisdicción civil especializados en infancia, familia y capacidad.

Con este enfoque, de protección «civil» de las víctimas, no tiene sentido el actual artículo 87 ter.2 LOPJ, que lleva al juez o jueza de violencia a tener que resolver sobre todas las materias de Infancia, Familia y Capacidad. Estas competencias absorbentes exceden con mucho del contexto de protección de las víctimas, prolongan el trauma, dificultan la regularización de sus vidas y se vuelven en contra de sus propios intereses. No tiene sentido (ni estas Secciones de Violencia presentan la estructura y los medios adecuados), que se resuelvan en esta sede materias como la filiación, maternidad y paternidad, la nulidad del matrimonio, separación y divorcio, las relaciones paterno filiales, la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar, guarda y custodia de hijos e hijas menores, alimentos, asentimiento en la adopción, protección pública de menores o liquidación del régimen económico matrimonial.

Espero que estas reflexiones, querido Manolo, nos den pie a un debate como los que mantuvimos tantos años en la UAB y en el que mostraste tu Maestría. Agradezco que me acompañaras en la elaboración de mi tesis doctoral y te mantengo, estimadísimo, en mi recuerdo.

XXI | La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procesos de impugnación de acuerdos: un tema sin resolver¹

Pedro Rebollo Díaz
Profesor de Derecho Mercantil
Universitat de Barcelona

SUMARIO: PREVIO. PALABRAS DE HOMENAJE AL PROFESOR CACHÓN. 1. EL CUESTIONAMIENTO PRELIMINAR. 1.1. INTERPRETACIÓN DEL ART. 204.3.II LSC. 1.2. EL CAUCE PROCEDIMENTAL PARA EFECTUAR EL «CUESTIONAMIENTO». 1.2.1. La tesis de la «remisión». 1.2.2. La tesis de la «regulación propia». 1.3 ¿SIEMPRE CABRÁ EL RECURSO AL INCIDENTE EN CUESTIÓN? 2. INTENTO DE EXPLICITACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CUESTIONES INCIDENTALES DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. 2.1. SOBRE LAGUNAS, ANALOGÍA Y LAS CUESTIONES INCIDENTALES DE LA LEC. 2.2. LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL INCIDENTE. 2.3. *DIES A QUO* PARA PROMOVER EL INCIDENTE. 2.4. *DIES AD QUEM* PARA LA PROMOCIÓN DEL INCIDENTE. 2.5. FORMALIZACIÓN DE LA CUESTIÓN. 2.6. SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LAS ACTUACIONES. 2.7. EL DEBATE CONTRADICTORIO. 2.8 RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN. 2.9. RECURRIBILIDAD DE LA DECISIÓN. 2.10. RÉGIMEN DE COSTAS. 3. LA CUESTIÓN INCIDENTAL EN RELACIÓN CON EL ART. 204.2 LSC. 4. REFLEXIÓN FINAL. 5. BIBLIOGRAFÍA.

Previo. Palabras de homenaje al Profesor Cachón

Fue en Universidad Autónoma de Barcelona, concretamente en 1999, donde empecé a dar mis primeros pasos en el mundo del Derecho. Lo hice como estudiante, si bien ya llevaba algunos años en el mundo laboral. Para ser sincero, en aquellos tiempos —en los que los exámenes eran una preocupación nu-

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Resolución y prevención de conflictos societarios: buen gobierno, pactos de socios, eficiencia procesal, medios alternativos a la litigación y justicia predictiva», financiado por el Ministerio de Ciencia e Investigación (PID2022-140943NB-I00) y del *Grup Consolidat de Recerca en Dret Mercantil* (2021 SGR 01178) de la AGAUR, siendo, en ambos, investigador principal el profesor (Catedrático) Daniel Vázquez Albert (UB).

clear— no pude disfrutar el Derecho Procesal como lo hice desde que abandoné la Facultad.

No tuve el honor de poder disfrutar de las clases del Profesor Cachón, pero me ha sucedido como a muchos otros estudiosos del Derecho: si profundizas en procesal, acabarás leyéndole. Es un referente. Los que tienen la suerte de conocerle personalmente destacan su implicación y generosidad para con los demás, así como formar parte de una estirpe de docentes que no debería extinguirse nunca. Debo dar las gracias, por tanto, por poder haberme topado con el Profesor en mis inmersiones en el Derecho procesal. También a la Universidad que me vio licenciarme en Derecho, la UAB, por ofrecer, a un estudioso del Derecho Mercantil como yo, la oportunidad de adentrarme públicamente en el Derecho Procesal, para lo que he elegido una cuestión controvertida como es la cuestión incidental de previo pronunciamiento en materia societaria, esto es, el análisis del artículo 204.3.II de la Ley de Sociedades de Capital.

1. El cuestionamiento preliminar del 204.3.II LSC

1.1. Interpretación del art. 204.3.II LSC

De la lectura del enunciado jurídico único que contiene el art. 204.3.II LEC, lo primero que cabe observar es que se refiere al «*planteamiento*» de la «*cuestión*» acerca del «*carácter esencial o determinante*» de «*los motivos de impugnación*». La Ley contempla la posibilidad de «cuestionar» el planteamiento del legitimado demandante. Sin embargo, el precepto está rodeado de interrogantes que analizaremos a continuación.

En una primera lectura, ya se puede apreciar que no se recoge en la norma, ni tan siquiera indirectamente, quién plantea esa «cuestión», ni frente a quién se plantea. Sí que parece claro que esa «cuestión» debe versar, necesariamente, sobre el «carácter esencial o determinante» de «los motivos de impugnación previstos en este apartado (...)», esto es, el apartado 3º del art. 204 LSC. En sentido contrario, no se podrá «cuestionar» que el acuerdo social, que ha sido efectivamente *impugnado*, no resultaba *impugnable* a tenor de lo dispuesto en el art. 204.2 LSC, esto es, por haber sido privado de eficacia jurídica por el propio órgano social. Tampoco cabrá «cuestionar», a través de este cauce procesal que analizamos si el acuerdo social es contrario al orden público.

Consecuencia lógica también de la interpretación que sostengo es que no cabe «cuestionar», dicho de forma amplia, la «impugnabilidad» de cualquier acuerdo social sea cual fuere el «motivo de impugnación», fuera de los supuestos de impugnabilidad expresamente previstos en el apartado 3º del art. 204 LSC.

Según interpreto del enunciado jurídico único del art. 204.3.II LSC, lo único que cabe «cuestionar» es la *impugnabilidad* de determinados acuerdos sociales. Se puede sostener —en consonancia con lo ya razonado anteriormente— que los motivos de impugnación que —según mi interpretación— se reconocen en el apartado 3º son los siguientes:

- La infracción de los enunciados jurídicos relativos al contenido de la convocatoria, a la forma de llevarla a cabo —como acto informativo— y a la antelación con la que se debe realizar el llamamiento.
- La lesión del derecho de información² por proporcionar —la sociedad— información insuficiente o errónea cuando esta fuera necesaria, para que un socio medio, pudiera ejercitar razonablemente el derecho de participación y, singularmente, el derecho de voto.
- La infracción de las reglas esenciales sobre la constitución de la junta (y más exactamente la infracción de los arts. 193 o 194 LSC).
- La infracción de las reglas sobre mayorías en las votaciones³.

Profundizando en lo que sea objeto del «cuestionamiento», considero que puedo defender que la dicción legal es desafortunada⁴. Lo que establece el fragmento fundamental del enunciado jurídico único contenido en el art. 204.3.II es que la «cuestión» tendrá por objeto «*el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado*». El infortunio radica, en mi opinión, en que los motivos de impugnación —que la Ley tipifica en varias clases—, como tales, no revisten la condición de «esenciales» o «determinantes». En este sentido, creo firmemente que sólo la infracción de determinados enunciados jurídicos, que regulan la génesis de los acuerdos sociales, es susceptible de impugnación.

2. Para un minucioso análisis acerca del derecho de información, véase VAZQUEZ ALBERT, D., en «Derecho de información del socio e impugnación de acuerdos sociales. Balance de una década de minimalismo legislativo y maximalismo jurisprudencial», en *Empresa, contratos e intervención notarial*, F. González y U. Nieto (dirs.), edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 53-91.

3. En contra de estos motivos, ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal del incidente de previo pronunciamiento para determinar la no impugnabilidad del acuerdo», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González Fernández y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1299. Según esta autora, no todos los casos del art. 204.3 LSC «(...) requieren acudir al procedimiento incidental (...)». Por ejemplo, defiende que no ha de servir el incidente que nos ocupa para evaluar la impugnabilidad de un acuerdo social con base en la infracción de las reglas jurídicas sobre la convocatoria de la junta. Sea como fuere, no parece posible sentar una delimitación clara —a tenor del análisis de la opinión de esta autora, contenida en las pp. 1299 y 1303— de lo que sí pueda ser objeto del incidente y de lo que no.

4. Para un estudio, en profundidad, sobre las causas que —involuntariamente— condujeron a tal deficiencia, véase DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento de los procesos de impugnación de acuerdos sociales: una visión judicial», *Justicia: revista de derecho procesal*, 2023 (2), pp. 165-216.

Asimismo, determinadas circunstancias atinentes, bien a la fijación del *quorum* de constitución (en sociedades anónimas), bien a la consecución de la mayoría legalmente requerida, resultan intrascendentes, porque aun existiendo las primeras (por ejemplo, un error de cómputo), ni la consecución del primero, ni tampoco de la segunda, se ven afectados. De modo tal que aun habiéndose producido cualquier irregularidad o error y aun cuando estos últimos no se considerasen, se habría alcanzado el *quorum* de constitución o la mayoría necesaria para la válida adopción del acuerdo. Por consiguiente, la concurrencia del error o de la irregularidad no hace del acuerdo social adoptado un acto jurídico impugnabile.

Lo que quiero significar con lo anterior es que lo que la Ley permite cuestionar es que el acuerdo social, en cada caso concreto, resulte *impugnabile* (o, si se prefiere, en sentido contrario, *inimpugnabile*). Desde mi punto de vista, se adelanta el juicio de subsunción⁵. Dados determinados hechos que el actor afirma que constituyen una infracción de un determinado enunciado jurídico relativo a la génesis del acuerdo o la lesión del derecho de información, se cuestiona, de adverso, su interesada subsunción en alguno de los tipos de infracción o de lesión que comporta la impugnabilidad del acuerdo social, según las especificaciones del art. 204.3, letras «a» a «d» LSC. Se trata de un debate previo, antecedente, y decididamente prematuro, cuyo único objeto es realizar un juicio abstracto de subsunción⁶.

Las afirmaciones de hecho contenidas en la demanda, que se consideran a estos efectos verdaderas, serán sometidas a un examen genérico de encaje en el supuesto de hecho del enunciado jurídico correspondiente⁷. Así, por poner un ejemplo (controvertido), si el demandante alegó en su escrito rector que la Mesa de la junta no se constituyó (o, quizá mejor, no quedó válidamente constituida) y que, por ello, se infringió una norma sobre constitución de la junta —acarreado la invalidez de los acuerdos adoptados en su seno—, entonces este cuestionamiento inicial tiene por objeto elucidar si estos hechos —que se consideran sucedidos a estos efectos— resultan subsumibles en alguna norma esencial sobre la constitución de la junta. Aquí la decisión judicial estribará en

5. También en este sentido, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procesos judiciales de impugnación de acuerdos sociales: Un análisis crítico doctrinal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2024 (1).

6. Dicho de otra forma, y coincidiendo con ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1304, «no es una decisión sobre la existencia de una infracción de la ley (...)». Algo parecido, aunque sin ahondar en absoluto, es lo que se atisba en NIETO DELGADO, C., «El incidente de previo pronunciamiento sobre la relevancia del motivo de nulidad en la impugnación de acuerdos sociales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147, julio-septiembre 2017, p. 115.

7. Lo que ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1304, estima de todo punto insuficiente, aunque no desarrolla la justificación de su postura.

si la infracción del art. 191 LSC constituye la contravención de una norma esencial relativa a la constitución de la junta, o no, de lo que resultará si ese acuerdo social es impugnabile, o no⁸.

No obstante, lo anterior no es lo único que es objeto del presente examen preliminar⁹. En efecto, la LSC exige una segunda condición o presupuesto objetivo para la efectiva anulación del acuerdo social, en aquellos casos en que la infracción lo sea de una regla jurídica relativa a la génesis del acuerdo (en cualquiera de sus fases). Debemos traer a colación el art. 206.5 LSC¹⁰. La anulación se sujeta al requisito objetivo, y procedimental, de la previa denuncia extrajudicial —en la primera ocasión oportuna habida al efecto—. Esto es, además de la efectiva infracción de alguno de los enunciados jurídicos que —de forma imprecisa— recoge el legislador en el art. 204.3 LSC, debió el legitimado activamente poner de manifiesto la infracción, como mecanismo de subsanación o corrección de dicha infracción.

Por consiguiente, considero que este «cuestionamiento» preliminar debe abordar estos dos presupuestos que operan como condiciones necesarias, pero en absoluto suficientes, para la anulación del acuerdo social objeto de la demanda de impugnación¹¹. Lo primero, y por este específico orden, el análisis abstracto de subsunción de unos hechos —que se presuponen verdaderos— en alguno de los supuestos «típicos» de impugnabilidad. Lo segundo es la verificación de la existencia de una denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva de la infracción, con el propósito de que se procediera a su sanación por parte de la sociedad demandada. Por consiguiente, si el juicio ordinario continua su desarrollo, por decidir el juzgador que sí resulta impugnabile el acuerdo social, restará por decidir si efectivamente está probado el relato fáctico correspondiente al supuesto de hecho de la infracción denunciada. Dicho de otro modo, si se ha producido una infracción legal concreta y específica¹².

8. Aquí el problema que subyace es si la constitución de la Mesa de la junta constituye una norma esencial en relación con la constitución de la junta, o no, a tenor de la críptica alusión contenida en el art. 204.3.a LSC.

9. Conviene señalar que GONZÁLEZ MOZAS, N., —en «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 48, septiembre-diciembre 2016, pp. 295-296— opina que no es posible efectuar tal examen preliminar sin entrar verdaderamente en el fondo de la controversia, que ya deja, por tanto, prejuzgada.

10. A este respecto, me baso en la reflexión de SANCHO GARGALLO, I., —en «Art. 206. Legitimación para impugnar», en *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, J. A. García-Cruces e I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 2895-2897.

11. La división del objeto del litigio y el adelanto de un juicio, siquiera sea parcial, al que se refiere ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1302, pone en peligro —p. 1303— la integridad de la continencia de la causa, lo que le causa cierto reparo —p. 1304—.

12. Lo que expresa ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1305, al decir que: «Queda para el proceso principal la decisión sobre si ha existido o no dicha infracción».

1.2. El cauce procedimental para efectuar el «cuestionamiento»

Expresa el precepto que nos concierne que esa cuestión «se planteará», que nos impide, de primeras, saber a quién se refiere, esto es, quién «plantea» «la cuestión». Se ignora, siempre según el tenor literal de la norma, quién será el sujeto que plantee la cuestión, ni frente a quien¹³.

Lo poco que se puede extraer del art. 204.3.II LSC, por vía de interpretación, es que tal planteamiento tendrá lugar «tras la presentación de la demanda», que es, a mi juicio, la expresión sinónima correspondiente a ese primer inciso del enunciado jurídico «presentada la demanda»¹⁴. A partir de aquí, resulta totalmente indeterminado en qué momento concreto cabrá tal planteamiento y cómo se formulará el mismo¹⁵.

Asimismo, no cabe plantear la cuestión de cualquier manera, sino que dicho planteamiento sólo podrá efectuarse bajo la forma de «cuestión incidental de previo pronunciamiento».

Antes de proseguir, conviene efectuar un breve excurso aclaratorio. La acción de impugnación de los acuerdos sociales puede ejercitarse, tanto en la vía judicial, como en la arbitral. Yo me ocupo en este trabajo exclusivamente de la primera.

La alusión a la «cuestión incidental de previo pronunciamiento» merece un análisis detallado con el propósito de descifrar a qué se quiso referir exactamente el legislador.

Desde la perspectiva del ejercicio de la acción de impugnación ante los órganos judiciales, la afirmación de tal acción se realiza a través de una demanda que conduce a que principie el juicio (art. 399.1 LEC). Por consiguiente, parece que solo en el seno del proceso incoado, tendrá cabida el «planteamiento de la cuestión» antes aludida. La Ley societaria, indudablemente sustantiva, alude a una forma propiamente procesal para el «planteamiento de la cuestión». Es llano que la LSC no regula el desarrollo de los procesos (civiles). Sin embargo,

13. También repara en ello, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

14. Esta cuestión se estima problemática. Si la Ley dice que el incidente se podrá promover «tras la presentación de la demanda», eso significa que ni tan siquiera se deba esperar a que se reparta entre los juzgados mercantiles de la plaza, ni mucho menos a que se haya incoado el expediente judicial y a que se haya admitido a trámite el escrito rector. Por cierto, esta restricción temporal vale igualmente para quien quiera que consideremos legitimado para promover la apertura del incidente.

15. De aquí que se haya dicho —DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.— que en la regulación de esta figura procedimental todo son interrogantes.

en este punto designa una «forma procesal» para «el planteamiento de la cuestión».

La LSC —el párrafo II del apartado 3º del art. 204— sólo expresa que el planteamiento de la cuestión se efectuará a través de una «cuestión incidental de previo pronunciamiento».

El interrogante, que se abre en relación con el primer aspecto que regula la LSC, estriba en dilucidar si se remite a las cuestiones incidentales de la LEC, o a cualquier otro trámite o vía procedimental, de la LEC o de otro cuerpo jurídico distinto, o si, por el contrario, alumbra un expediente procesal propio y específico de la LSC de empleo exclusivo para los procesos de impugnación de acuerdos sociales. De esto me ocupo por extenso seguidamente¹⁶.

1.2.1. La tesis de la «remisión»

Un considerable sector de la doctrina sostiene que se trataría de una remisión (legal, aunque esto los autores no lo precisan) a los arts. 387 a 393 LEC —suplico que en bloque, porque esto tampoco lo especifican—, preceptos estos que regulan las cuestiones incidentales¹⁷. Algunos autores son más precisos y delimitan la remisión a las *cuestiones incidentales de previo pronunciamiento* del art. 390 LEC¹⁸.

Debo —respetuosamente— discrepar de la tesis expuesta por las siguientes consideraciones:

16. Sirva señalar, ya en este momento, que coincido plenamente con las agudas observaciones de DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit., a este respecto.

17. Así, entre otros, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, con A. González y L. Melero, edit. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2015, p. 408, quien afirma —únicamente— lo siguiente: «Téngase en cuenta, por lo demás, que la regulación de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento se encuentran reguladas en los arts. 390 y ss. LEC». Por su parte, ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1298, expresa: «Lo determinante en la cuestión del previo pronunciamiento no es tanto el objeto que se trata de debatir y resolver, sino el carácter suspensivo de su planteamiento. Este aspecto es el que busca exactamente el legislador societario al remitir la decisión sobre la impugnabilidad del acuerdo al cauce del art. 390 y 393 LEC». Nos parece fundamental resaltar el empleo por esta última autora del término «remitir». Por su parte, SANCHO GARGALLO, I., *Artículo 204. Acuerdos impugnables*, en «Comentario de la Ley de Sociedades de capital», J. A. García-Cruces y I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 2865, opina que «por la dicción de la norma, parece que se remite para su tramitación al incidente de previo pronunciamiento, regulado dentro de las cuestiones incidentales en los artículos 387 y ss. LEC». Asimismo, CALAZA LÓPEZ, S. —en «La impugnación de acuerdos sociales irrumpe en un novicio hábitat procesal de conceptos jurídicos indeterminados», *Revista General de Derecho Procesal*, 57 (2022), p. 20— alude a una «remisión» que califica de «exótica». También NIETO DELGADO, C. «El incidente de previo pronunciamiento sobre la relevancia del motivo de nulidad en la impugnación de acuerdos sociales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147, julio-septiembre 2017, p. 110.

18. En este sentido, claramente, ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1298.

- (i) *No existe remisión legal alguna.* En mi opinión, no hay tal¹⁹. Ni explícita —basta con leer el art. 204.3.II LSC; no aparece la expresión «remisión», ni ninguna otra con la misma raíz—, ni tampoco tácita —pues no se sobreentiende de la dicción legal²⁰—. Un enunciado jurídico es una remisión legal exclusivamente cuando, o bien su supuesto de hecho, o bien su consecuencia jurídica, se remiten a otra cosa²¹. Aquí, opino, no sucede ninguna de las dos cosas. No hay ningún envío a la LEC, ni a ningún otro cuerpo jurídico, ya sea sustantivo o procesal.

En particular, las remisiones legales contienen expresiones como las siguientes, o semejantes: en relación con tal elemento del enunciado jurídico del que se parte, «regirá lo dispuesto en...», «se observará lo dispuesto en...», «se aplicará lo dispuesto en...»²². Aquí bien podía haber expresado el legislador, si es que fuera esto lo que hubiese querido, que el «cuestionamiento» se «planteará» como «cuestión incidental de previo de pronunciamiento» que se regirá por lo dispuesto en la LEC para estas, o, incluso, siendo más precisa, podría haber dicho que se les aplicará lo dispuesto en el art. 390 LEC para las «cuestiones incidentales de previo pronunciamiento».

A mi juicio, es condición necesaria y suficiente, para poder reputar una expresión legal como remisión legal, que efectivamente se establezca explícitamente que en cuanto a cualquier elemento del enunciado jurídico regirá o se aplicará un enunciado jurídico —o varios— de ese mismo cuerpo jurídico o de otro.

Sentado lo anterior, adelanto una posible objeción que se me puede formular. Siendo cierto que el art. 204.3. II LEC carece de remisión legal expresa alguna, podría entenderse efectuada la misma a través de lo dispuesto en el art. 207.1 LEC, que establece que:

«Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Este último enunciado jurídico sienta, por una parte, que el cauce procesal apropiado para tramitar las demandas de impugnación de acuerdos sociales (no se refiere a las cuestiones incidentales) será el juicio civil declarativo ordinario cuyo apelativo es precisamente «ordinario». Por otra parte, si

19. Tampoco la percibe DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

20. Dudo seriamente de que quepan, en nuestro sistema normativo, las remisiones legales implícitas.

21. Siguiendo la concepción de HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Compendio de Filosofía del Derecho*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 74.

22. Según señala HERNÁNDEZ MARÍN. *Ibidem*, p. 75.

bien el legislador se *remite* a las disposiciones contenidas en la LEC, lo hace de forma genérica. Si a esto se añade la consideración de que las «cuestiones incidentales» no constituyen el único incidente procesal recogido en la LEC (por decir, la declinatoria de los arts. 63 y ss. LEC constituye un incidente de tramitación prioritaria), entonces cabe concluir que difícilmente se puede establecer que en el 204.3.II LSC se contiene una remisión implícita a las cuestiones incidentales de la LEC sobre la base de esa remisión *in genere* contenida en el art. 207.1 LSC. Sería tan forzada la construcción legislativa, como desafortunada.

- (ii) *La indiscutible disparidad del objeto de la cuestión incidental del 204.3.II LSC y la del 390 LEC.* El objeto del cuestionamiento al que se refiere el primero de los preceptos mencionados es indiscutiblemente sustantivo²³. Como ya se ha expuesto anteriormente, se trata de adelantar, al compás inicial del proceso de impugnación de acuerdos sociales, el juicio de subsunción de unos hechos —que se suponen verdaderos, esto es, efectivamente acontecidos— en alguno de los supuestos típicos de *impugnabilidad*, ya sea por infracción de determinados enunciados jurídicos relativos a la génesis del acuerdo, ya sea por la lesión del derecho de información en unas concretas circunstancias legales²⁴, todo ello delimitado en las letras «a» a «d» del apartado 3º del art. 204 LSC. Se trata de determinar la «procedencia» de la impugnación. Procedencia que pivota sobre la relevancia, para el legislador societario, de algunas concretas infracciones legales o de alguna específica lesión del derecho de información. Lo que se calibra es el (des)ajuste al contenido de una serie de reglas jurídicas sustantivas o materiales. Junto con esto, se examina la efectiva concurrencia de una denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva de la infracción legal, con el propósito de permitir que la sociedad enmiende el desajuste.

En cambio, el objeto de las cuestiones que se abordan por la vía del art. 390 LEC, son exclusivamente adjetivas o procesales²⁵. Se trata de óbices

23. Cfr. ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., pp. 1300-1302, quien se apoya en los pareceres de PICÓ I JUNOY y de BANACLOCHE PALAO.

24. Coincido plenamente con VÁZQUEZ ALBERT —en «Derecho de información...», ob.cit., p. 65— en donde pone de manifiesto que, con la reforma de 2014, se incluyó «un inciso puntual, pero muy relevante, porque restringe la impugnación por falta de información condicionándola básicamente al carácter esencial de la información solicitada y al carácter anticipado de su petición (art. 204.3.b LSC)(...)», con los problemas de vaguedad que, adicionalmente, plantea la expresión «carácter esencial».

25. ARIZA COLMENAREJO —en «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1298— matiza y sostiene que el objeto de la regulación del art. 390 LEC son «principalmente» de carácter procesal, lo que permitiría inferir que quepa, por ese cauce, cuestiones de orden sustantivo. En mi opinión, a pesar de la mejorable redacción legal del artículo concernido, no cabe introducir por esa vía cuestiones de índole material. También así ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, edit. Dykinson, Madrid, 2015, p. 94.

que impiden la continuación del juicio. Y si alguna duda puede surgir de tan imprecisa dicción, basta con prestar atención a los supuestos que se enuncian en el art. 391 LEC, de forma orientativa o a manera de enumeración abierta²⁶. La pérdida sobrevinida de la capacidad para ser parte o el surgimiento de un defecto con respecto de un presupuesto procesal o la aparición de un óbice de la misma naturaleza —como se señala en el numeral 2º del 391 LEC— permiten forjarse una idea clara de que su objeto es eminente y estrictamente procesal.

Y si se me cuestiona que en ambos casos —204.3.II LSC y 390 LEC— lo que acaba resultando es lo mismo, en definitiva, en referencia a la apreciación de un obstáculo que impide la continuación del juicio, debo responder que, siendo esto cierto, aún lo es más que la naturaleza de dicho obstáculo es completamente distinta. En un primer caso, es sustantiva o material; en el segundo, exclusivamente procesal. Esto es precisamente lo que explica las numerosas dificultades que han encontrado los autores a su paso cuando pretenden aplicar el régimen legal previsto para las *cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LEC* a las *cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC*, en materia estricta de impugnación de acuerdos sociales.

- (iii) *El efecto de la suspensión de la tramitación del proceso principal no sólo se encuentra en el régimen general de las cuestiones incidentales.* Aunque es cierto que el art. 390 —y de forma genérica el art. 392.1— LEC contempla esta concreta eficacia procesal suspensiva de las cuestiones incidentales, me parece discutible que todo el sostén de la remisión a las cuestiones incidentales de la LEC —además de porque guardan semejanza en su denominación— sea porque estas últimas contemplan la posibilidad de que se acuerde la suspensión de las actuaciones²⁷. En el caso de la declinatoria, por ejemplo, sucede exactamente lo mismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 64.1 LEC²⁸.

1.2.2. La tesis de la «regulación propia»

Cabe una primera interpretación que parece posible defender, al menos de primeras, que la LSC ha regulado un incidente en el art. 204.3.II con el objeto de que se pueda cuestionar («plantear cuestiones») la impugnabilidad del acuerdo social sobre el motivo escogido por el actor como fundamento de su demanda.

26. Lo que concibe de igual manera ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1298.

27. Como parecería sostener ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1310.

28. Como también subraya con énfasis DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

Según esta interpretación, la regulación del incidente del 204.3.II LSC es propio de este cuerpo jurídico y plenamente autónomo²⁹. Otra cosa distinta es que dicha regulación sea sumamente escueta y que se encuentre trufada de lagunas³⁰. Y estas sí que deben ser colmadas por vía analógica, echando mano de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque discrepo fundadamente de que las cuestiones incidentales reguladas en esta última sea el expediente legal más apropiado³¹. Bien mirado, y como ya se justificará oportunamente, no sólo se recurre, casi por sistema, a las *cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LEC*, sino que, además, en los aspectos en que estas no resultan correctamente acomodables a las necesidades planteadas, se opta por efectuar difíciles combinaciones con otras instituciones del proceso civil.

Esta tesis, que aquí defiendo claramente, se sustenta en diversos argumentos:

- (i) *No existe ninguna restricción normativa* para que un cuerpo jurídico contenga enunciados jurídicos de orden sustantivo y procesal, en una determinada proporción.
- (ii) Como ya se ha justificado anteriormente, *la LSC no efectúa remisión legal alguna*, cuando lo podría haber hecho perfectamente.
- (iii) Alumbramos el art. 204.3.II LSC un incidente procesal del que *no se puede hallar ningún equivalente*, ni tan siquiera remotamente, en la LEC, ni en otro cuerpo jurídico procesal. Se ha pretendido instaurar un «filtro» de procedencia sustantiva de la demanda, lo que dista sustancialmente de

29. Lo sostiene decididamente DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit. Se intuye esta idea en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y MASSAGUER, J., «Artículo 204. Acuerdos impugnables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) —Sociedades no cotizadas—*, J. Juste (coord.), edit. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 226, cuando afirma: «(...) Desde una perspectiva más general, incorpora al ordenamiento procesal un nuevo caso de cuestión incidental de previo pronunciamiento (cfr. artículos 390 y 391 LEC)». También nos parece posible apreciar esta idea, de forma implícita en SANCHO GARGALLO —en «Art. 204...», ob. cit., p. 2865.

30. Lo que se explica por el hecho de que esta regla jurídica no estaba contemplada en el texto inicial y se introdujo por vía de enmienda parlamentaria, de modo que no se reparó en desarrollar la regla plenamente, con ánimo de exhaustividad. Los detalles de la promoción de la enmienda los encontramos en ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios...*, ob. cit., p. 73. Esto es, entendemos, a lo que se refiere CORDÓN MORENO, F., con «las prisas del legislador», en «Acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la Ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales y, en concreto, sobre la tramitación de las cuestiones de previo pronunciamiento (17 de marzo del 2015)», en *Análisis GA&P*, abril 2015, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/acuerdo-alcanzado-por-los-jueces-y-secretarios-judiciales-de-barcelona-sobre-aspectos-procesales-introducidos-por-la-ley-31-2014.pdf> (última visita 10.6.2024).

31. Como sí sostienen, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y MASSAGUER, J., «Artículo 204...», ob. cit., pp. 226-227, CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado...», ob. cit., o DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

los «filtros» que la LEC contiene para impedir que una relación procesal defectuosa pueda pervivir y consolidarse.

Esta tesis interpretativa³² —de la que no se puede tener certeza de que sea la verdadera³³— suscita numerosos problemas. Ya me referí someramente a las cuantiosas lagunas que presenta su disciplina, y de las que nos ocuparemos seguidamente. Pero lo más preocupante es que se ha dejado de prever qué será lo que deba resolver el juez mercantil cuando aprecie la *inimpugnabilidad* del acuerdo social. Laguna que deberá colmarse echando mano de la analogía con los supuestos de inadmisión de la demanda que es lo más coherente con la locución «*tampoco procederá la impugnación*» del art. 204.3.I, inciso primero. También de esto se dará cuenta seguidamente.

1.3. ¿Siempre cabrá el recurso al incidente en cuestión?

Con independencia de si el examen de la impugnabilidad cabrá siempre frente a toda impugnación de un acuerdo social que se sustente en la infracción de normas relativas a su génesis —más exactamente, las que de forma imprecisa determina el apartado 3º del art. 204—, debemos considerar si cabe tramitar este incidente cuando sean plurales los motivos de impugnación y no todos ellos se sustenten en los recogidos en el mencionado 204.3 LSC.

Un acuerdo de jueces³⁴ determina —¿prescribe?— que en el escenario recién dibujado —más de un motivo de impugnación, distinto de los específicos del art. 204.3 LSC— no cabrá tramitar el incidente, de modo tal que todos los motivos deben resolverse en la sentencia, exclusivamente³⁵.

Sin embargo, el sistema de fuentes del Derecho parece dejarlos al margen. El art. 204.3.II LSC no la autoriza, ni tan siquiera indirecta o implícitamente. Por otro lado, no se atisba qué inconveniente pueda haber en que se examinen algunos de los motivos, de modo que, si se considera por ello el acuerdo social inimpugnable, se reduzca el contenido del litigio y se pueda consagrar los es-

32. Compartida por DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit., quien la desarrolla en profundidad en su trabajo.

33. Pues se desconoce la exacta voluntad del legislador al haberse introducido por la vía de la enmienda, según apunta ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y MASSAGUER, J., «Artículo 204...», ob. cit., p. 226.

34. Me refiero a http://asociacionaspac.com/wp-content/uploads/2014/03/2015-11_CONCLUSIONES_JORNADAS_MAGISTRADOS_ESPECIALISTAS_MERCANTIL.pdf (última visita en fecha 20.8.2024). Sobre este acuerdo y otros varios, véase, con detalle, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento de los procesos de impugnación de acuerdos sociales: una visión...», ob. cit.

35. Un detallado y exhaustivo análisis de la cuestión se encuentra en GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión incidental...», ob. cit., pp. 306-308.

fuerzos al resto de cuestiones que deben resolverse inexorablemente —porque así lo manda la Ley— en la sentencia.

2. Intento de explicitación del régimen jurídico de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento en materia de impugnación de acuerdos sociales

2.1. Sobre lagunas, analogía y las cuestiones incidentales de la LEC

Formulada la tesis general que aquí se defiende, el siguiente paso es ir desgranando, aspecto por aspecto, lo que sí está regulado y lo que no lo está, para aplicar la solución analógica más apropiada en cada caso.

Más concretamente, definiendo que la regulación propia, o autónoma, de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC sólo contiene dos reglas. Una que se ocupa de fijar el *dies a quo* para la interposición de la cuestión y otra que establece la forma de plantear la cuestión —refiriéndose exclusivamente a las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento³⁶.

En cuanto a todos los demás aspectos, nos damos de bruces con una inmensa laguna (aparente, porque es posible colmarla, por vía analógica, tal como permite el art. 4.1 CC³⁷). Así pues, considero que es misión del intérprete identificar aquellos casos cubiertos por diversas instituciones de la LEC con el propósito de hallar las semejanzas («identidad de razón», según la expresión del art. 4.1 CC) y trasladar las soluciones previstas para esas otras reglas.

El problema fundamental reside en que en ocasiones se efectúan remisiones en bloque, debiendo dudar seriamente de que concurra la exigida identidad de razón. Me refiero más exactamente a la tendencia generalizada en la doctrina de recurrir, casi de forma automática, a las cuestiones incidentales del art. 387 y siguientes LEC³⁸.

36. Así lo entiende también DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «Las cuestiones incidentales...», ob, cit.

37. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general de las decisiones judiciales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 223.

38. Buena muestra de esta forma de operar la ofrece ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe suscitarse y resolverse, efectos de la resolución», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1356-1357.

Se ha defendido que el encaje de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento del art. 204.3.II LSC en los términos del art. 387 LEC, cuya rúbrica es «concepto de cuestiones incidentales», es total:

«Son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guardan relación con éste relación inmediata (...)».

Lo primero que cabe advertir es que los defensores de esta tesis advierten, sensatamente, que el art. 387 LEC recoge dos supuestos de cuestiones incidentales³⁹. Las que vienen recogidas en el fragmento que se acaba de transcribir y aquellas otras que son de naturaleza estrictamente procesal y a las que se refiere la LEC de la siguiente forma:

«(...) Así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso».

Coincidiendo con ello, sin ninguna duda. Ahora bien, en cuanto al primer elemento que en la LEC integra el concepto de cuestión incidental, no parece posible el encaje que se sostiene mayoritariamente⁴⁰. A esta postura se le debe oponer las siguientes objeciones (dando por sentado que efectivamente la forma prevista por la LSC para efectuar el «cuestionamiento» de la impugnabilidad es la cuestión incidental de previo pronunciamiento, sin más aditamento):

- (i) Obsérvese, en primer lugar, que el art. 387 LEC exige que el objeto de la cuestión incidental sea «distinto» (y no dice «parecido», «análogo», o «derivado») de lo que sea el objeto principal del pleito. Pues bien, precisamente aquí ambos objetos son sustancialmente coincidentes. La impugnabilidad del acuerdo social y la denuncia efectiva y tempestiva de la infracción de la regla jurídica relativa —de las imprecisamente señaladas en el art. 204.3.I LSC— son contenidos necesarios de la sentencia que resuelve el fondo del asunto en primera instancia. Lo que sucede, según expuesto anteriormente, es que estos dos elementos —uno estrictamente jurídico y

39. Así, ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión...», ob. cit., pp. 1356-1357.

40. ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión...», ob. cit., pp. 1356-1357, lo expresa como sigue: «En dicha definición encaja la decisión sobre la concurrencia de algunos de los supuestos de inimpugnabilidad del art. 204.3 LSC, debiendo ventilarse, a falta de una tramitación específica en dicho precepto, en la forma establecida en la LEC (art. 388). Se trataría de cuestiones incidentales de previo pronunciamiento a las que se refiere el art. 390 LEC, esto es, cuestiones que supongan, por su naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios, en cuyo caso impone la suspensión del curso de las actuaciones hasta que aquéllas sean resueltas». Y añade: «Los casos de cuestiones de previo pronunciamiento se recogen en el art. 391 LEC y, podríamos considerar que resulta aplicable el caso previsto en el nº 3 que se refiere a «cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación». Resulta patente que es necesario resolver sobre la concurrencia de las causas del art. 204.3 LSC que excluyen la impugnación, ya que de apreciarse, no procedería la continuación del pleito».

el otro eminentemente fáctico— se desgajan de la decisión final, adelantándose a la fase inicial del proceso, con el fin de evitar que, recorrido este último por todos sus trámites, la resolución final establezca la *inimpugnabilidad* del acuerdo social o la falta de denuncia expresa y oportuna.

- (ii) La anterior observación no quita que, por tratarse del mismo objeto —siquiera sea abordado parcialmente en el trámite incidental—, obviamente el contenido de la cuestión incidental de previo pronunciamiento guarde relación inmediata con el objeto principal del pleito.
- (iii) Por otra parte, el recurso al art. 388 LEC como respaldo argumentativo me resulta discutible. El contenido de los arts. 387 y ss. LEC resulta de aplicación a cualquier cuestión incidental que no tenga señalada «*en esta Ley*» otra tramitación. «*Esta Ley*» es indudablemente la LEC. Efectivamente, en la norma procesal civil se recogen numerosos incidentes. La mayoría de ellos cuentan con su propia regulación. Sin embargo, cuando sea el caso de que carezcan de ella, lo que el legislador procesal impone es que se apliquen los arts. 387 y ss. LEC, contenidos en la disciplina general de las cuestiones incidentales (procesales civiles). De lo que se deduce que el art. 388 LEC no autoriza en absoluto para aplicar automáticamente su régimen general de las cuestiones incidentales a cualquier incidente que se encuentre fuera de la Ley civil de ritos y que carezca de regulación, total o parcialmente. De esta manera, se rompe la supuestamente necesaria vinculación entre el 204.3.II LSC y el 388 LEC.
- (iv) Añádase que, dentro del género de las cuestiones incidentales de la LEC, se albergan dos especies distintas. Efectivamente, ya se adelanta la existencia de tal diversidad en la definición de cuestiones incidentales —como género— obrante en el art. 387 LEC. Por un lado, hallamos las «cuestiones incidentales de especial pronunciamiento» que coinciden, a nuestro juicio, con las «(...) *que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guardan relación con éste relación inmediata*». Estas, a juzgar por el contenido del enunciado jurídico único del art. 389 LEC, son cuestiones de índole sustantivo o material.

Sin embargo, los partidarios de la tesis que estamos analizando se inclinan por encajar las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC por el cauce del art. 390 LEC, que se ocupa de las «cuestiones incidentales de previo pronunciamiento». Obviamente es la mención del «previo pronunciamiento» lo que les empuja a establecer la conexión. Sin embargo, esta segunda especie es, en mi opinión, la que es definida en el art. 387 LEC —«concepto de cuestiones incidentales»— como aquella atinente a «(...) presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso».

Así las cosas, la conexión no es posible —por más que ambas (las del art. 204.3.II LSC y las del art. 390 LEC) se denominen de igual forma—, ya que el objeto de las primeras es exclusivamente sustantivo y el de las segundas lo es estrictamente procesal⁴¹. En este sentido, me parece claro que la discusión, *prima facie*, sobre el carácter impugnabile del acuerdo social (y la denuncia extrajudicial) en modo alguno constituye «(...) *un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios* (...)». Es más, basta con asomarse al artículo siguiente —el 391— que se ocupa de los «casos» de cuestiones de previo pronunciamiento para advertir que se trata de incidencias eminentemente procesales, sobrevenidas. Aún cabe decir más. En los dos primeros numerales del mencionado art. 391 LEC se precisa que esas «incidencias procesales sobrevenidas» habrán tenido que surgir con posterioridad a la audiencia previa. Lógico si partimos de la base de que cualquier excepción procesal debe ser esgrimida, inexcusablemente, en el escrito de contestación a la demanda (ex art. 405.3 LEC) para luego ser discutidas y resueltas en la audiencia previa (ex art. 416.1 LEC).

- (v) No comparto la consideración —esgrimida por los partidarios de la tesis concernida— de que se trate de una «(...) *incidencia que ocurra durante el juicio* (...)», de modo que encajen las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC en las CCIIPP de los arts. 390 y 391 LEC. Me parece poco dudoso que la *inimpugnabilidad* sea algo que ocurra en absoluto durante el juicio, sino que es indudablemente anterior al inicio del proceso. Es más, se da desde que se adopta el acuerdo, infringiendo un enunciado jurídico de los que constituye causa de impugnación.

Añádase a lo anterior que esa incidencia —si es que se puede llamar así—, en todo caso sustantiva, no demanda indispensablemente una resolución sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación. Que sea lo ideal (por razones de pura economía procesal), no significa que dejar de abordar esta cuestión suponga la infracción de una norma que comporte la nulidad de actuaciones. De hecho, se esgrime un argumento incorrecto: «*Resulta patente que es necesario resolver sobre la concurrencia de las causas del art. 204.3 LRLSC que excluyen la impugnación, ya que de apreciarse, no procedería la continuación del pleito*». Esto, siendo cierto, no implica que la cuestión deba resolverse como condición necesaria para la continuación del pleito hasta sentencia. Dicho de otra forma, no es necesario resolver sobre la *inimpugnabilidad* para que el proceso pueda continuar. Lo que es absolutamente diferente de que, veri-

41. En este sentido, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Arts. 389 a 391 (LEC)», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., F. Cordón, T. Armenta, J. J. Muerza e I. Tapia (coords.), edit. Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1621. También DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

ficada la *inimpugnabilidad*, el proceso deba concluir anticipadamente (incluso esto es dudoso, por la imprecisión legal, de la que he tratado de dar cuenta anteriormente).

Expresado lo anterior y en mi opinión, en cada aspecto de la tramitación de cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC será necesario buscar qué concreto enunciado jurídico que disciplina otro caso semejante permite forjar la analogía sin incurrir en errores jurídicos.

2.2. Legitimados para promover el incidente

Recordemos que ya se subrayó lo problemático que resultaba que el legislador utilizase la imprecisa fórmula, absolutamente impersonal, «se planteará»⁴². A mi juicio, esta es la primera laguna que sale a nuestro paso. Guarda completo silencio el legislador societario acerca de quién se encuentre legitimado para plantear la cuestión⁴³.

Una respuesta precipitada es la de responder, sin titubear, que la única legitimada es la sociedad demandada⁴⁴. Quién si no tendrá interés en que el tribunal resuelva la *inimpugnabilidad* del acuerdo social a las primeras de cambio y se ponga punto final ahí al proceso⁴⁵ (si es que no hubiera otros motivos de impugnación que hayan de superar el examen de procedibilidad).

Sin embargo, se ha sostenido que el actor también puede promover la incoación del incidente, para su tramitación como pieza separada. No obstante, disiento del parecer general, pues no parece que presente un genuino sentido. Es de suponer que el actor habrá justificado ya el juicio abstracto de subsunción en la demanda, debiendo sostener —por pura diligencia— que el acuerdo social resulta plenamente impugnabile⁴⁶. No considero razonable que se le permita al actor instar una suerte de «prejuicio» de corrección de su cali-

42. Cfr. ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión...», ob. cit., p. 1351.

43. Como advierte CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación...», ob. cit., p. 20.

44. Como señala ORELLANA CANO —en «La cuestión...», ob. cit., p. 1361—, «(...) la postura muy mayoritaria (...) atribuye la legitimación al demandado (...)».

45. Efectivamente, según resalta ORELLANA CANO —en «La cuestión...», ob. cit., p. 1353—, la mera presentación de la demanda ya presupone que el actor considera que el motivo de impugnación es relevante, determinante o esencial y que «(...) es al demandado al que le interesa negar dicho carácter (...)». Incluso —p. 1354—, le puede interesar al actor para desincentivar que la demandada ataque por ahí.

46. Sin perjuicio de que, claro está, el actor haya justificado ampliamente en su demanda por qué razón o razones considera que el acuerdo social resulta de todo punto impugnabile. Según CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado...», ob. cit., se le tendría incluso que exigir al demandante que lo justificara en su demanda, quizás efectuando tal consideración desde la perspectiva de *lege ferenda*.

ficación jurídica. Lo único que sí reviste pleno sentido es que sea el demandado quien «cuestione» la afirmada impugnabilidad del acuerdo social⁴⁷. Y no comparto, por ello, las razones, a mi juicio accidentales, para fundamentar la legitimación del demandante. Me refiero al supuesto en que este último albergue dudas acerca de la efectiva impugnabilidad del acuerdo social concernido. Y al objetivo estratégico de que el juez se pronuncie y si este lo hiciera negativamente, se evita llegar a una sentencia absolutoria con imposición de costas⁴⁸. Contribuye a abonar que el actor promueva el incidente, con fines tentativos, el hecho de que el 204.3.II LSC no se diga nada del régimen de costas del incidente, si recurrimos analógicamente al art. 393 LEC —que disciplina la tramitación común de las cuestiones incidentales—, allí también se guarda silencio sobre la espinosa cuestión de las costas (sobre lo que volveremos más adelante).

También se aduce en este sentido que, a tenor de la redacción del art. 204.3.II LSC, parecería que este precepto está específicamente ideado para el demandante⁴⁹. El argumento ofrecido es el sentido positivo del enunciado: la «cuestión» se refiere al «carácter esencial o determinante» de la infracción, lo que sólo será afirmado por el accionante (la sociedad demandada lo enfocaría en un sentido puramente negativo: el «carácter no esencial o no determinante» de la infracción). En mi opinión, el argumento es débil, toda vez que el legislador no suele reparar en esta clase de matices. Por otra parte, podría considerarse una expresión sinónima del enunciado jurídico la que se refiriese al «cuestionamiento del carácter esencial o determinante» de la infracción, lo que correspondería a la sociedad demandada, pero en modo alguno al actor.

Por último, se ha defendido que «(...) *no es posible el planteamiento de la cuestión de oficio por el juez, al regir el principio dispositivo* (...)»⁵⁰. La formulación del enunciado jurídico ofrece —creo— pocas dudas al respecto. No guarda relación el verbo «presentar» con el tribunal, puesto que este no «presenta», ni «interpone», ni «formula», sino que «resuelve», «decide», «aprecia», o «juzga».

47. Así, también, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

48. Cfr. PICÓ I JUNOY, J., «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, J. M. Calavia y D. Vázquez (dirs.), edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 98.

49. En este sentido, ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión...», ob. cit., p. 1353, nota a pie de página nº 9.

50. Por todos, ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión...», ob. cit., p. 1356. En idéntico sentido, CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación...», ob. cit., pp. 21-22.

2.3. *Dies a quo* para la promoción del incidente

La siguiente cuestión de la que cumple ocuparse es la relativa a la fijación del *dies a quo*, del momento procesal a partir del cual se puede plantear la cuestión.

Me atrevo a sostener que es el único aspecto en el que la LSC se ha pronunciado claramente: «*presentada la demanda*». Una locución sinónima de la anterior, a mi modo de ver, sería «con posterioridad a la presentación de la demanda».

A partir de aquí, sólo surgen inconvenientes interpretativos, que dificultan enormemente la aplicación del precepto.

Aceptando la tesis —como sostiene un sector mayoritario de la doctrina⁵¹— de que el actor se encuentra legitimado para promover el incidente, opino que no es aceptable que el demandante lo solicite en la demanda, por medio de «*otrosí digo*»⁵². El inciso primero del enunciado jurídico concernido es claro cuando dice que «*presentada la demanda, [se planteará] la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado (...)*». No se refiere al momento procesal hábil para la incoación del incidente, sino que alude, sin lugar a duda, al tiempo propicio para efectuar el planteamiento de la cuestión. Por consiguiente, aun cuando sea el demandante quien tome la iniciativa en este sentido, lo deberá efectuar por medio de escrito, independiente del de demanda, tras la presentación de la demanda. Lo que, dicho sea de paso, desde una perspectiva de estricta técnica legislativa contradice la más elemental economía procesal, porque para esto debería haberse previsto la posibilidad de que lo instara en la propia demanda.

Si nos regimos por la dicción legal, no haría falta tan siquiera aguardar a que la demanda sea sometida a reparto y menos aún a que se haya dictado la procedente resolución de admisión a trámite.

Si prestamos ahora atención a la sociedad demandada, y lo consideramos desde una perspectiva práctica, lo frecuente será que aquella plantee la cuestión tan pronto como resulta emplazada para personarse y contestar a la demanda⁵³.

51. Por todos, CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado...», ob. cit.

52. Cfr. PICÓ I JUNOY, J., «Cuestiones...», ob. cit., p. 98.

53. Claramente, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «El proceso...», ob. cit., p. 407.

Ahora bien, supongamos, lo que es posible, que la sociedad demandada tome noticia de la interposición de la demanda de impugnación antes de resultar emplazada. De forma directa o indirecta, expresa o tácita, puede tomar conocimiento de dicha circunstancia. Averiguado el paradero de la demanda —una vez repartida—, práctica habitual en la praxis forense, y según el referido contenido del inciso primero del art. 204.3.II LSC, considero que es conforme a Derecho que la sociedad demandada comparezca y en unidad de acto inste la incoación del incidente en el que se ventile la cuestión incidental de previo pronunciamiento. No se olvide que el *dies a quo* se encuentra fijado inequívocamente en el momento posterior a la presentación de la demanda.

2.4. *Dies ad quem* para la promoción del incidente

Hasta aquí hemos reflexionado sobre el cuándo, o mejor sobre el «desde cuándo». No ha resultado una empresa excesivamente difícil. Lo que sí encierra un colosal problema es la determinación del *dies ad quem*, el «hasta cuándo».

En mi opinión, lo que establece el legislador, con escaso acierto en cuanto a la formulación, es que, tras la presentación de la demanda, «se planteará»:

«Presentada la demanda, la cuestión (...) se planteará (...)».

Esto es, lo antes posible⁵⁴. Al menos, así considero que debe concebirse. De forma inmediata⁵⁵.

Si partimos de la base de que lo frecuente —que no lo único posible— es que sea el demandado el que lo plantee, parece intuirse que el legislador quiso que fuera de inmediato. Justo es reconocer que esta interpretación se sustenta en una expresión sumamente imprecisa.

A mi juicio, cualquier postergación priva de sentido a la norma, si es que hemos interpretado correctamente la voluntad del legislador. Me parece innegable la existencia de un propósito de economía procesal que habría inspirado la introducción de este cauce incidental⁵⁶. Cuanto antes se desvele el posible carácter inimpugnable del acuerdo social, tanto mejor, pues se evita desperdiciar esfuerzos humanos y materiales, de los que tan escasa anda la Administra-

54. Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «El proceso ...», ob. cit., p. 407.

55. Comparto en esto el criterio de DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

56. BANACLOCHE PALAO, J., Algunas reflexiones sobre el incidente del artículo 201.3 de la Ley de Sociedades de Capital en materia de impugnación de acuerdos sociales. *Revista de derecho bancario y bursátil*, 36 (2017), p. 130.

ción de justicia⁵⁷. Me permito establecer un paralelismo —sin más aspiraciones, porque no permite más— con la formulación de la declinatoria de jurisdicción o de competencia (de los arts. 63 a 65 LEC)⁵⁸. Lo que se persigue es evitar a toda costa que se desarrolle actividad procesal que resulte nula y que pueda suponer un dispendio de energías que nadie se puede permitir.

Pero una cosa es que interpretemos que el legislador ha querido que se plante, ventile y resuelva de inmediato, antes que nada, y otra bien distinta es que no ha fijado ningún *dies ad quem*.

Reconocida la existencia de una laguna en este último sentido, la dificultad estriba en cómo colmarla.

En este sentido, se ha evidenciado, a mi juicio, que el recurso analógico —por vía de analogía *legis*— a las cuestiones incidentales de la LEC resulta sumamente inapropiado. Fundamentalmente porque, ya sean de especial pronunciamiento, ya lo sean de previo, su planteamiento resulta posible en el juicio ordinario —único que es adecuado para ventilar la impugnación de acuerdos sociales ex art. 249.1.3º LEC— hasta el momento inmediatamente anterior al inicio de la vista de juicio⁵⁹. Evidentemente, si la teleología del incidente es evitar la tramitación de un proceso que versa sobre una impugnación improcedente o, si se prefiere, que se ha incoado como consecuencia de una demanda careciendo el demandante de acción, lo que no tiene sentido es consentir que se pueda demorar el examen de la impugnabilidad hasta un momento tan tardío⁶⁰. Súmese, además, que si consideramos el caso específico de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento —de los arts. 390 y 391 LEC—, aún resulta todavía peor porque sólo podrán suscitarse a resultas de circunstancias acaecidas con posterioridad a la audiencia previa⁶¹.

Otro enfoque que, considero, se ha barajado, pero que resulta inapropiado es el que interpreta que el planteamiento de la cuestión lo deberá hacer el demandado —lo que supone preterir al actor a estos efectos— en la contestación a la demanda⁶². Tanto si se apareja la cuestión incidental de previo pronuncia-

57. Me parece apreciar esta idea en CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado...», ob. cit.

58. Ya se refiere a la declinatoria, pese a que no aplique su régimen legal para colmar lagunas, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios...*, ob. cit., pp. 94-95.

59. Como se contiene en el art. 393.1 LEC.

60. Me parece sumamente acertada la expresión de ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios...*, ob. cit., p. 73, «(...) *previsión de un proceso para evitar un proceso*».

61. Esto se desprende con claridad meridiana de los ordinales 1º y 2º del art. 391 LEC.

62. Lo considera posible ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1308. Entendemos que se pronuncian en sentido contrario, CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado...», ob. cit., y ÁLVAREZ SÁN-

miento a una excepción procesal, como si se trata como una excepción material⁶³, se fijaría el *dies ad quem*, con carácter preclusivo, en el plazo legal para contestar la demanda⁶⁴. Amén de que parezcan discutibles ambos apareamientos, sigo enrocado en que tampoco se compadece esta solución analógica con la teleología del precepto que, apenas se atisba —esto es innegable, según la cual el legislador habría querido que este examen de impugnabilidad se lleve a cabo antes que nada y a la primera de cambio.

Atendido lo anterior, y retomando el caso de la declinatoria de jurisdicción y competencia —arts. 63 a 65 LEC—, pienso que cabe sentar una adecuada analogía *legis* entre el caso que nos ocupa, afectado de laguna, y lo dispuesto en el art. 64.1 LEC para aquellos casos que por el demandado se haya advertido la falta de jurisdicción o de competencia funcional, objetiva o territorial —imperativa— del tribunal que está conociendo del caso⁶⁵. Según lo dispuesto en el art. 4.1 CC, para quepa la solución analógica, deberá hallarse un supuesto efectivamente regulado, que resulte semejante, y que quepa apreciar identidad de razón entre ambos supuestos. Podría considerarse en este sentido que lo que tienen ambos casos en común es que falta un presupuesto para la debida constitución de la relación procesal. En un caso, el tribunal carece de competencia —lo que afecta al elemento de la jurisdicción—. En el otro caso, no hay acción. En el primero de los supuestos, el legislador articula un mecanismo tendente a evitar que el proceso prosiga en su desarrollo por carecer de tan fundamental elemento. En el segundo de ellos, todo parece indicar que acontece exactamente lo mismo. Así pues, aplíquese la regulación relativa al plazo para formular la declinatoria al caso que nos ocupa. De esta forma, se podrá tomar como plazo máximo para plantear la cuestión sobre la *inimpugnabilidad* el de los diez primeros días del plazo para comparecer y contestar.

2.5. Formalización de la cuestión

La cuestión debe contener, de entrada, un relato fáctico, que se corresponda con el supuesto de hecho de la norma infringida y relativo, también, a la denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva, de la infracción⁶⁶.

CHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios...*, ob. cit., p. 93.

63. Cfr. ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1310.

64. Como sostiene BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones...», ob. cit., p. 135, que representa a un nutrido sector doctrinal.

65. En consonancia con la postura, ampliamente justificada, de DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

66. El examen de la efectiva y tempestiva denuncia de la infracción legal o de la lesión del derecho de información —que la LSC establece como un presupuesto de la legitimación, ex art. 206.5— debería formar parte

A lo anterior le deberá seguir la propuesta de juicio de (no) subsunción de los anteriores hecho en uno de los supuestos típicos de infracción impugnable.

La solicitud del escrito de formalización deberá contraerse a la petición de que el tribunal declare, o bien la *impugnabilidad*, o bien la *inimpugnabilidad* (la improcedencia de la impugnación), con expresa imposición de costas a la parte contraria en el caso de que se oponga y resulte derrotada.

2.6. Suspensión del curso de las actuaciones

Nos topamos con la enésima laguna. La analogía la pretendemos establecer de nuevo con el régimen de la declinatoria y, en particular, con el art. 64.1 LEC, que sienta, como regla general, la suspensión del curso de las actuaciones, con interrupción del plazo para contestar la demanda, con independencia de quien haya sido el promotor del incidente⁶⁷.

En este sentido, conviene efectuar una importante matización. Se ha planteado, con razón en mi opinión, que quizás esa suspensión, general, de las actuaciones, no debiera alcanzar a las medidas cautelares⁶⁸. En este sentido, la solución que se ha dado es excluir a las medidas cautelares del efecto suspensivo que se otorga a la incoación del incidente, amparándose, para ello, en una aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 64.2 LEC, que exime de tal efecto a las medidas cautelares que se hubieran podido adoptar en caso de promoverse la declinatoria de jurisdicción y competencia⁶⁹.

2.7. El debate contradictorio

Obvio que la parte contraria podrá argumentar en relación con el juicio de (no) subsunción y alegará y pretenderá probar que no hubo tal denuncia extrajudicial o que de haberla, ni fue expresa, ni tampoco tempestiva.

Por los argumentos ya esgrimidos anteriormente, en relación con la controversia doctrinal sobre el *dies ad quem*, ni es el escrito de contestación el cauce adecuado para que el demandado —formule o se oponga a la cuestión inci-

de ese cuestionamiento que se lleva a cabo a través de la cuestión incidental de previo pronunciamiento.

67. Aunque se refiere al art. 392 LEC, menciona el efecto correspondiente en sede de declinatoria, CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado...», ob. cit.

68. Por todos, NIETO DELGADO, C., «El incidente ...», ob. cit., p. 113.

69. Cfr. PICÓ i JUNOY, J., «Cuestiones...», ob. cit., pp. 99-100.

dental—, ni mucho menos un momento posterior —ya sea oral, como la audiencia previa o el inicio del juicio, ya sea escrito, bajo cualquier expediente procesal—.

Desde el punto de vista regulatorio, esta nueva laguna, se puede colmar sencillamente recurriendo a la tramitación que a este respecto se recoge en el art. 65.1 LEC, para la declinatoria, que es, como sostengo, la regulación analógica más apropiada a estos efectos.

Tanto en lo que hace al plazo de cinco días, como en cuanto a la forma escrita de la oposición, justo es reconocer que el régimen procedimental de la declinatoria es sumamente parco, razón por la cual no se atisba en colmar a su vez este último con las disposiciones contenidas en el art. 393.3 LEC, en sede de cuestiones incidentales.

Se abre un primer interrogante en absoluto desdeñable. Cabe preguntarse si se podrá alegar —¿y probar?— que los hechos no son ni por asomo los que aduce la adversa. En mi opinión, no. Dos razones aduzco al efecto: primera, si también se pudiera discutir sobre eso, no se dejaría nada para la sentencia. Se efectuaría una anticipación completa del juicio. Segunda, y según se ha defendido anteriormente, es un juicio de subsunción, en abstracto, suponiendo la verdad de las afirmaciones de hecho del demandante.

Un segundo interrogante es el relativo a la celebración de vista. Me inclino por la respuesta afirmativa atendido que la cuestión de la denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva, es un asunto fáctico. Por tanto, prueba y sin limitación de clase⁷⁰.

2.8. Resolución de la «cuestión»

Nos topamos con una nueva laguna. En mi opinión, el acto judicial resolutorio debe revestir forma de auto. Así lo impone el art. 206.1.2ª.II LEC, con mención explícita de las cuestiones incidentales.

El contenido de la resolución es sumamente sencillo: se cumplen, o no, los dos presupuestos que la LSC exige para que el proceso se desarrolle hasta senten-

70. Es lo que parece desprenderse de autorizadas opiniones doctrinales. Véanse, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios...*, ob. cit., p. 97, GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión...», ob. cit., p. 311 y BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones...», ob. cit., p. 137, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

cia definitiva, esto es, es abstractamente *impugnable* y el motivo de impugnación se manifestó extrajudicialmente, de forma expresa y tempestiva.

La doctrina científica se ha planteado la posibilidad de que pudiera acontecer que, de primeras, el juez resolviese el carácter «esencial o determinante» de la infracción y, posteriormente, en la propia sentencia, cambiase de opinión, a la vista de la prueba practicada, por ejemplo⁷¹. A este respecto, conviene, en primer lugar, distinguir dos escenarios completamente diferentes. Y, luego, es preciso detenerse a examinar cuidadosamente ambos.

Estos dos distintos escenarios a los que nos acabamos de referir son los siguientes. Por un lado, puede acontecer que la infracción legal cometida en la génesis del acuerdo social sea de las que hacen a este último impugnabile y que el actor lo denunció tempestivamente, pero que, posteriormente, no queden probados los hechos cuya subsunción abstracta en el tipo infractor se verificó inicialmente. Por otro lado, se suscita el interrogante de si un pronunciamiento inicial favorable a la subsunción abstracta puede abandonarse en la sentencia y mudarse por un pronunciamiento de signo contrario.

En cuanto al primero de los escenarios, lo juzgo totalmente posible y no atenta en absoluto a una suerte de coherencia o congruencia interna del juzgador. La razón que mantengo para ello es la siguiente (fundándome en algunas ideas ya introducidas anteriormente): el examen preliminar sólo se ocupa de la subsunción abstracta de unos hechos que se presumen verdaderos —a estos solos efectos— en alguno de los supuestos típicos de infracción (y, por ende, que se califican *prima facie* impugnables) y de la denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva, de la infracción. Lo que no impide que esos hechos que, inicialmente, se presumieron ciertos a los solos efectos de su calificación abstracta como impugnables, posteriormente no resulten probados, de modo que en la sentencia el juez se incline por desestimar la demanda.

El segundo de los escenarios suscita un exigente problema procesal. En este caso lo que sucede es que se produce un cambio de calificación. Donde de primeras se apreció la posible subsunción de los hechos en un supuesto de *impugnabilidad*, por determinadas razones se cambia de parecer. Me vienen a la cabeza dos situaciones en las que esto pudiera acaecer. De un lado, en aquel supuesto en que en momentos posteriores del proceso, en primera instancia, se revela información inédita que afecta al juicio de subsunción. De otro lado, que se produzca un cambio en el titular del órgano judicial, de modo que el

71. Así lo plantea, entre otros, CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación...», ob. cit., p. 23. También ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal...», ob. cit., p. 1311.

juzgador que conoció de la cuestión incidental sea distinto del que dicta la sentencia. Sea como fuere, lo decisivo es averiguar si el pronunciamiento inicial despliega alguna suerte de «eficacia prejudicial» con respecto de la sentencia.

Una observación trascendente antes de continuar. Este escenario requiere, forzosamente, que el pronunciamiento incidental sea favorable a la impugnabilidad abstracta del acuerdo social. De tal suerte que el proceso prosigue hasta sentencia definitiva. Pues bien, partimos de la base de que, tal y como hemos señalado antes, la resolución que resuelve el incidente debe revestir forma de auto. Añadimos —adelantando algo que se justificará en el siguiente epígrafe— que, cuando el auto sea de signo favorable a la impugnabilidad del acuerdo social, no cabrá interponer recurso alguno, sin perjuicio de que la parte disconforme pueda cuestionarlo a través del recurso de apelación que se formalice frente a la sentencia definitiva. De esto último se deduce que dicho auto deviene firme (ex 207.2 LEC). De lo que se deduce, a su vez, que pasa en autoridad de cosa juzgada (ex 207.3 LEC). En virtud de la *cosa juzgada formal*, el mismo juzgador que se ha pronunciado al respecto del «cuestionamiento» en un sentido no puede mudar su criterio posteriormente, porque, aunque se tratara de resolución distinta, infringiría lo dispuesto en el 207.3 LEC (además de afectar a la regla jurídico-procesal de la invariabilidad de las resoluciones judiciales tras su firma, ex art. 214.1 LEC). En virtud de la *cosa juzgada material negativa*, si cambiase el titular del órgano judicial, parece que tampoco podría mudar dicha decisión previa, firme, del anterior titular (ex art. 222.1 LEC⁷²).

Puede darse todavía un paso más en el análisis. Podría sostenerse —si se acepta la extensión de las reglas jurídico-procesales sobre la cosa juzgada de las sentencias a los autos— que este auto firme —que resuelve el «cuestionamiento» en sentido favorable a la *impugnabilidad*— prejuzga el juicio de subsunción abstracta y la denuncia extrajudicial, expresa y tempestiva del impugnante. Estos elementos que forman parte ineludiblemente de la decisión final, para la que sólo restaría la prueba de los hechos, deben permanecer invariados en la sentencia. Es más, deben adoptarse como elemento prefijado de la decisión y como tal deben ser incluidos en la motivación de esta última. La respuesta, por tanto, es negativa con respecto del inicial interrogante: no cabe, *secundum legem*, un cambio de criterio —suscitando inevitablemente una contradicción—. A menos que, claro está, se introduzcan en la litis determinadas circunstancias fácticas que justifiquen un diferente juicio de subsunción⁷³.

72. Precepto este que, al referirse exclusivamente a las sentencias, evidencia la existencia de una laguna legal con respecto de los autos, lo que, por vía de analogía *legis*, es posible resolver, aplicando el régimen previsto para las primeras a los segundos. Así lo entiende, sin referirse al supuesto de laguna normativa, NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 297-298.

73. En este punto, coincido plenamente con CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación...», ob. cit., p. 23.

Con todo y ser relevante todo lo anterior, hemos dejado para el final el aspecto más espinoso de todos los que presenta este incidente, y no son pocos. Su problema principal radica en la eficacia procesal de la resolución que estime la *inimpugnabilidad* del acuerdo social. Se han barajado diversas posibilidades, que conviene revisar detenidamente.

Parece que lo suyo sería la inadmisión de la demanda⁷⁴. Esta solución sería coherente con la idea —ya expuesta anteriormente— de que, según cierta interpretación posible del art. 204.3.1 LSC, los supuestos de *inimpugnabilidad* son casos en los que se carece de acción de impugnación. La locución «tampoco procederá la impugnación» —del mencionado precepto— se puede interpretar como un enunciado jurídico cualificatorio, según el cual se califican tales supuestos como privados de acción judicial. La consecuencia jurídica apropiada para ello sería que cupiese la inadmisión a trámite de la demanda de verificarse que se trate de uno de ellos⁷⁵. Sin embargo, la LSC no ordena al juez, según entiendo, que rechace de entrada aquella demanda por la que se pretenda la impugnación de un acuerdo social que, en abstracto, resulte *ininm-pugnable*. Tampoco ofrece la LEC cobertura alguna en este sentido, toda vez que las causas de inadmisión están tasadas y se reducen —según el art. 403.1 LEC— a una serie de supuestos tasados, contenidos todos ellos en la propia LEC —en este último precepto apostilla claramente que sólo cabrá en los supuestos previstos «en esta Ley» (cursiva añadida)-⁷⁶. Por consiguiente y como conclusión, en mi opinión, ningún enunciado jurídico, sustantivo o procesal, autoriza al juez a inadmitir la demanda en caso de que se trate de un acuerdo social *inimpugnable*. Añádase que, aun cuando cupiese —que no cabe— esta solución, el problema subsiguiente sería el de hacer efectiva procesalmente la inadmisión. Porque, para cuando se promoviese y todavía más se resolviese el incidente, la demanda ya se encontraría admitida⁷⁷. Así pues, debería operarse una suerte de *inadmisión retroactiva*, huérfana por completo de apoyatura normativa. Sin contar con que una resolución no puede ser modificada fuera de los procedimientos establecidos al efecto —que son, sustancialmente, los recursos legalmente previstos—.

Otra posible solución pasaría porque el juez acordase —como pronunciamiento subsiguiente a la declaración de *inimpugnabilidad* del acuerdo social— la finalización del proceso y su archivo⁷⁸, o, quizá, mejor dicho, su sobreseimien-

74. Como defiende DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental...», ob. cit.

75. Se intuye la idea en GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión incidental...», ob. cit., pp. 289-316.

76. Comparto las reflexiones, con matices, de GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión...», ob. cit., pp. 292-293.

77. Esto ya ha sido advertido por GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión...», ob. cit., p. 293.

78. Solución propugnada por GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión...», ob. cit., p. 293.

to. La dificultad que se presenta es difícilmente superable. No es posible subsumir el supuesto de hecho concreto —la inimpugnabilidad— en el propio de ninguna de las reglas jurídico-procesales cuya consecuencia jurídica es el sobreseimiento o forma análoga de conclusión prematura del procedimiento.

A mi parecer, este problema, que es un caso de laguna, debe colmarse nuevamente por la vía analógica. Persistiendo en defender que el tipo específico de incidente que mejor encaja con la peculiar idiosincrasia de la cuestión incidental de previo pronunciamiento de la LSC es el propio de la declinatoria de jurisdicción y competencia, lanzo la idea de la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el art. 65.2.1 LEC. O, lo que es lo mismo, la abstención del juez del conocimiento del caso y el sobreseimiento del proceso.

2.9. Recurribilidad de la decisión

Otra laguna nos sale al paso en este punto. Esta vez me inclino por recurrir al régimen de recursos en materia de jurisdicción y competencia que, a mi parecer, enlaza con la regulación de la declinatoria (de hecho, los arts. 66 y 67 LEC, siguen inmediatamente a los propios de la esta última institución).

En general, entiendo que resulta aplicable, analógicamente, el régimen previsto para todo aquel incidente cuyo desenlace sea una resolución que ponga fin al proceso (de forma prematura). En este sentido, me parece también un supuesto perfectamente aplicable el recogido en el art. 393.5 LEC, relativo a la resolución de las cuestiones incidentales⁷⁹.

Obviamente, cuando la decisión sea favorable a la impugnabilidad del acuerdo social, en tanto que el proceso continuará, deberá proseguir por todos sus trámites. En tal caso, la parte insatisfecha con el signo de la resolución —del auto que resuelva el incidente— podrá replantear eventualmente su queja a través del recurso de apelación, si es que la sentencia definitiva es contraria a sus intereses procesales —lo que, por otra parte, recoge el mencionado art. 393.5 LEC—⁸⁰.

79. Cfr. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios...*, ob. cit., pp. 107 y 108.

80. *Idem*.

2.10. Régimen de costas

Obviamente, en el art. 204.3.II LSC no se efectúa la menor mención al respecto. Tampoco se contempla nada con respecto de las costas en el incidente previsto para la declinatoria —en los arts. 63 a 65 LEC—, que es el que he escogido como regulación para su aplicación analógica a la antedicha laguna. No obstante, tampoco la regulación de las cuestiones incidentales de la LEC contempla nada a este respecto.

Por tal motivo, la laguna la deberemos colmar por medio de la *analogia legis* con el art. 394 LEC, que establece lo procedente sobre la imposición de costas en la primera instancia. La razón para ello es la siguiente. Si, como los autores han expresado —de forma harto gráfica—, un incidente es un «mini-proceso»⁸¹, o «un proceso dentro de otro proceso (principal)», entonces qué mejor regla jurídica que aquella que rige para el proceso principal.

Sin embargo, debemos adoptar una importante precaución. Para la efectiva imposición de costas debe verificarse discrepancia entre las partes. Esto sucederá, o bien cuando sea la sociedad demandada la que promueva la cuestión incidental, o bien sea el actor y aquella se oponga. Por consiguiente, si es el demandante quien instó la incoación del incidente, para que el juez declarase la impugnabilidad del acuerdo social, y la demandada no opusiese ninguna resistencia, no habrá lugar a la imposición de las costas a la parte demandada. Y esto es de todo punto compatible con la previsión del art. 394.1 LEC, porque en la medida en que la demandada no ha formulado ninguna pretensión —desestimatoria—, no podrá ver rechazadas «*todas sus pretensiones*».

3. La cuestión incidental en relación con el Art. 204.2 LSC

En un momento precedente, me ocupé de analizar la significación del este precepto. Ya se trató allí de reflexionar por qué en estos casos consideramos que sí se trata, inequívocamente, de un supuesto de *inaccionabilidad*⁸². Pero no esto lo que ahora nos ocupa.

Lo que concita nuestro interés en este momento es el hecho de que inexplicablemente este caso de *inimpugnabilidad* se ha extraído del ámbito objetivo de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LSC. Basta con leer

81. Así DE LA OLIVA SANTOS, A., y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, edit. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 559.

82. Siguiendo a CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado...», ob. cit., quien habla de «falta de accionabilidad».

el párrafo II del apartado 3º del art. 204 LSC para percatarse de que expresa, de forma nada dudosa, que este incidente sólo servirá para examinar la relevancia o trascendencia de los motivos de impugnación de «este apartado». Es preciso, pues, efectuar una detenida consideración sobre esta circunstancia.

Aquí hay acuerdo social como hecho material histórico y como acto jurídico, sólo que ha sido privado de eficacia jurídica por el propio órgano social.

El interrogante, a mi parecer natural, es el de si cabría la inadmisión a trámite de la demanda. Partimos de la base de que casi con toda probabilidad el juez no lo sabrá. Lo que sí es poco dudoso es que, según el 403 LEC hay causas tasadas de inadmisión, entre las que no se cuenta la carencia de acción o, *tout court*, la *inaccionabilidad*. En mi opinión, no cabría la inadmisión a trámite de la demanda —suponiendo que el juez (o el LAJ, primero) supiese de la privación voluntaria de efectos del acuerdo social controvertido— porque no cabe dicha inadmisión aunque lo que se solicite sea absurdo, fraudulento, abusivo, etc., pues está en juego el 24.1 CE. La doctrina judicial entiende que su aplicación debe ser excepcional y extraordinaria⁸³.

Lo que sí parece posible es que, al enterarse la sociedad demandada, al ser emplazada, pudiera recurrir la resolución de admisión a trámite alegando precisamente que es *inimpugnable*. Podría prosperar porque la resolución de admisión no es procesalmente conforme a Derecho procesal en tanto que el 403 dice que sólo cabrá la inadmisión por las causas previstas en esta Ley, esto es la LEC, y no por lo previsto en otras Leyes, pero es en la propia LEC, concretamente en el 247.2 LEC, donde se establece que el tribunal deberá rechazar toda petición que entrañe fraude de ley o procesal. Considero que en la mayoría de los casos el actor tiene que saber que se ha privado de eficacia el acuerdo. Por consiguiente, lo prudente sería intentar esta vía, desde la perspectiva de la sociedad demandada.

Si no prosperase el anterior recurso frente a la resolución de admisión, también le cabe a la sociedad demandada reaccionar del siguiente modo:

- (i) Sostener, en primer lugar, la existencia de una laguna aparente, pues este caso no está cubierto (regulado) por ningún enunciado jurídico.
- (ii) En virtud del art. 4.1 CC, cabe analogía *legis* con el propio art. 204.2.I inciso 2º LSC, y se solicitará (tan pronto como se produzca el emplazamiento) el dictado de un auto de terminación del proceso por carencia origina-

83. Merecen atención las reflexiones de GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., «El proceso...», ob. cit., pp. 397-398.

ria de objeto del proceso, ya que existe una identidad de razón evidente: si cabe el archivo cuando el acuerdo social deja de surtir efectos post demanda, con igual razón —o incluso más— si dejó de hacerlo ante demanda.

- (iii) Por lo mismo que el anterior, pero la analogía se efectúa con el 204.3.II LSC en el sentido de cuestionar la *inimpugnabilidad* del acuerdo social, porque el 204.2 dice que no procederá la impugnación.
- (iv) También puede basarse la sociedad demandada en el 11.1 LOPJ y peticionar con arreglo al 247.2 la inadmisión sobrevenida y el consiguiente archivo del proceso.

Disiento rotundamente de que quepa aparejarlo a una excepción procesal, por la propia definición del 416.1 LEC y por tanto no se le podrá dispensar tal tratamiento en la audiencia previa por vía del 425 LEC.

Si las defensas anteriores no prosperasen, parece necesario replantear la cuestión en la contestación y asegurarse que esta controversia particular se pueda replantear desde una perspectiva sustantiva en segunda instancia, y no sólo como la infracción de normas procesales, que también.

4. Reflexión final

Analizada la regla jurídica contenida en el art. 204.3.II LSC, me parece provechoso efectuar algunas consideraciones, unas propias de la sociología jurídica, y otras sobre las dos grandes debilidades de la cuestión incidental de previo pronunciamiento de la LSC que la desvirtúan casi por completo.

Desde la perspectiva de sociología jurídica, se pueden efectuar tres importantes consideraciones. La primera es que, de ordinario, según exponen señalados aplicadores jurídicos, la demanda de impugnación va acompañada de una petición de medidas cautelares (usualmente de suspensión de la eficacia del acuerdo). Curiosamente, es ahí, en la pieza de medidas cautelares, donde, indirectamente, se planteará la cuestión de la impugnabilidad, porque evidentemente forma parte del contenido propio de la decisión sobre el *fumus boni iuris*. Por consiguiente, la sociedad demandada —a priori la más interesada en promover la cuestión incidental— no verá la necesidad de echar mano del expediente procesal que nos ocupa⁸⁴.

84. Sobre el particular, y por extenso, véase NIETO DELGADO, C., «El incidente...», ob. cit., p. 114.

Todavía en el campo de la sociología jurídica, parece ser que la experiencia enseña dos cosas. Por una parte, que a la sociedad demandada no le suele interesar —si atisba que el acuerdo social es impugnabile— recibir un revés judicial a las primeras de cambio, en forma de resolución favorable a la *impugnabilidad*. Por otra parte, que sólo cuando presagia una más que plausible derrota, la sociedad demandada echará mano de este expediente procesal a los solos efectos de ralentizar el proceso, para alejar la llegada de lo inevitable⁸⁵.

Expuesto lo anterior, considero que son dos las principales razones que explican el discreto fracaso de la institución. En primer lugar, y menor en orden de importancia, según creo, se encuentra la cuestión del objeto, preciso y exacto, de la cuestión incidental. Yo efectúo una propuesta de lo que cabría entender por tal, pero debemos reconocer que nos movemos en un terreno sumamente inseguro, pues la imprecisión legal es tal que impide avanzar posturas con seguridad. Esto comporta, en todo caso, que los aplicadores otorguen a dicho objeto el contenido que más apropiado les parezca, lo que va en detrimento de la seguridad jurídica, pues «surgirán» tantas reglas, como aplicadores haya.

En segundo lugar, aunque —considero— primera en importancia, se halla el asunto del contenido del pronunciamiento judicial en caso de que declare la *inimpugnabilidad* del acuerdo social. La innegable laguna legal que se advierte en este punto —una más entre las tantas que hay en este segmento específico del ordenamiento jurídico mercantil societario— será colmada por cada uno como mejor considere, admitiéndose, a la postre, casi cualquier opción analógica que se nos pueda pasar por la cabeza, sin perjuicio de que las más de las veces no concurrirá la identidad de razón que reclama el art. 4.1 CC.

5. Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y MASSAGUER, J., «Artículo 204. Acuerdos impugnables», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) —Sociedades no cotizadas—*, J. Juste (coord.), edit. Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., *Estudios sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales*, edit. Dykinson, Madrid, 2015.
- ARIZA COLMENAREJO, M. J., «El cauce procesal del incidente de previo pronunciamiento para determinar la no impugnabilidad del acuerdo», en *Derecho de*

85. También a este respecto, me remito a NIETO DELGADO, C., «El incidente...», ob. cit., p. 115.

- sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González Fernández y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- BANACLOCHE PALAO, J., Algunas reflexiones sobre el incidente del artículo 201.3 de la Ley de Sociedades de Capital en materia de impugnación de acuerdos sociales. *Revista de derecho bancario y bursátil*, 36 (2017), pp. 123-138.
- CALAZA LÓPEZ, S., «La impugnación de acuerdos sociales irrumpe en un nocivo hábitat procesal de conceptos jurídicos indeterminados», *Revista General de Derecho Procesal*, 57 (2022), pp. 20-27.
- CORDÓN MORENO, F., «Acuerdo alcanzado por los jueces y secretarios judiciales de Barcelona sobre aspectos procesales introducidos por la Ley 31/2014 en materia de impugnación de acuerdos sociales y, en concreto, sobre la tramitación de las cuestiones de previo pronunciamiento (17 de marzo del 2015)», *Análisis GA&P*, abril 2015, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/acuerdo-alcanzado-por-los-jueces-y-secretarios-judiciales-de-barcelona-sobre-aspectos-procesales-introducidos-por-la-ley-31-2014.pdf> (última visita 25.9.2024).
- DE LA OLIVA SANTOS, A., y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2000.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento de los procesos de impugnación de acuerdos sociales: una visión judicial», *Justicia: revista de derecho procesal*, 2023 (2), pp. 165-216.
- «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procesos judiciales de impugnación de acuerdos sociales: Un análisis crítico doctrinal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2024 (1).
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades de capital*, con A. González y L. Melero, edit. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2015.
- GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Arts. 389 a 391 (LEC)», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., F. Cerdón, T. Armenta, J. J. Muerza e I. Tapia (coords.), edit. Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- GONZÁLEZ MOZAS, N., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 48, septiembre-diciembre 2016.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general de las decisiones judiciales*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2021.
- Compendio de Filosofía del Derecho*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- NIETO DELGADO, C., «El incidente de previo pronunciamiento sobre la relevancia del motivo de nulidad en la impugnación de acuerdos sociales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147, julio-septiembre 2017.
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORELLANA CANO, N. A., «La cuestión incidental de previo pronunciamiento: legitimación, requisitos para su formulación, momento procesal en que debe

suscitarse y resolverse, efectos de la resolución», en *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, M. B. González y A. Cohen (dirs.), edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PICÓ I JUNOY, J., «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, J. M. Calavia y D. Vázquez (dirs.), edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

SANCHO GARGALLO, I., *Artículo 204. Acuerdos impugnables*, en «Comentario de la Ley de Sociedades de capital», J. A. García-Cruces y I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

—«Art. 206. Legitimación para impugnar», en *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, J. A. García-Cruces e I. Sancho (dirs.), t. III, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

VÁZQUEZ ALBERT, D., «Derecho de información del socio e impugnación de acuerdos sociales. Balance de una década de minimalismo legislativo y maximalismo jurisprudencial», en *Empresa, contratos e intervención notarial*, F. González y U. Nieto (dirs.), edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

XXII | Notas acerca de una posible y futura reforma del juicio cambiario¹

Mercedes Serrano Masip
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Lleida

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. JURISPRUDENCIA DEL TJUE SUSCEPTIBLE DE ALTERAR LA CONFIGURACIÓN DEL JUICIO CAMBIARIO. 3. FUTURA REFORMA DEL JUICIO CAMBIARIO. 4. OBSERVACIONES RELATIVAS AL ALCANCE DE UNA FUTURA REFORMA DEL JUICIO CAMBIARIO. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Había de volver al juicio cambiario o, incluso, al juicio ejecutivo cambiario. Es un mirar al pasado sin ninguna intención de revisarlo, pero sí con el deseo de traer al pensamiento artículos de investigación, personas y hechos que han sido cruciales en la esfera académica de mi vida.

Si hubo alguna institución que estudié y analicé durante la elaboración de la tesis doctoral fue el embargo de bienes del deudor. Obviamente, los trabajos del Prof. Dr. Manuel Cachón Cadenas sobre el embargo y la ejecución civil se erigieron en los pilares más sólidos de mi formación en la materia. Con el paso del tiempo mi admiración y respeto por su obra ha sido constante. Fue con ocasión de la celebración de un seminario sobre docencia que tuvo lugar en la primavera de 2010 en Cambrils (Tarragona) que lo pude conocer más como persona. Recuerdo que pensé que yo también quería, algún día, poder combinar con su naturalidad las facetas humana y científica, lo que no es frecuente; y, por si continuaba en la Universidad, deseé poder llegar a ser, como veo al Prof. Cachón Cadenas, benevolente, perseverante y paciente.

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D «El Derecho Procesal Civil y Penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» (PID2021-124027NB-I00) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Junto a la ejecución civil, otro de los temas que me han ocupado e interesado han sido las transformaciones que ha experimentado nuestro proceso civil como consecuencia de los pronunciamientos del TJUE cuando ha debido analizar su compatibilidad con un instrumento normativo, la Directiva 93/13/CEE, formada por pocos preceptos, pero cuya interpretación ha consolidado la idea de que la protección del consumidor es un tema de interés público en las políticas de la UE y de ahí su enorme capacidad de influir en la naturaleza y configuración de muchas instituciones procesales civiles.

Desde la voluntad de conjugar las decisiones del TJUE y los caracteres esenciales del juicio cambiario, este breve trabajo repasa algunas de ellas con el fin de poder identificar qué trámites, o conjunto de actos procesales, del citado juicio podrían ser en el futuro objeto de reforma y cómo esta debería afrontarse, sin privar al crédito cambiario de uno de los instrumentos procesales que fomentan su circulación y lo tutelan.

2. Jurisprudencia del TJUE susceptible de alterar la configuración del juicio cambiario

Como ha sucedido con la regulación del proceso monitorio y de la ejecución hipotecaria establecida en nuestra LEC², es probable que, si en un futuro un tribunal español formula una cuestión prejudicial al TJUE respecto de la adecuación de determinados trámites del juicio cambiario a la protección conferida a los consumidores por el Derecho de la UE, sea dictada una resolución que sea capaz de provocar la reforma de dicho juicio. Se trata de una probabilidad a tener en cuenta a raíz de la sentencia dictada por el TJUE en el as. C-176/17³. Ahora bien, la atención no debe recaer solo en ella, sino también en el planteamiento de la cuestión y en las conclusiones que propone la Abogado General.

2. Entre otros estudios sobre el tema, cabe citar los de CEDEÑO HERNÁN, M., *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes del juez en el proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; HERRERO PEREZ-ZAGUA, J. F., «Principio de efectividad y tutela judicial: la respuesta del proceso civil», en *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, F. Bueno de Mata (dir.) e I. González Pulido (coord.), edit. Atelier, Barcelona, 2019, pp. 33-56; ARMENGOT VILAPLANA, A., «La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44-2018, pp. 1-29 y SERRANO MASIP, M., «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno», *Revista de Estudios Europeos*, nº 68-2016, pp. 5-32.

3. STJUE de 13 de septiembre de 2018, as. C-176/17 (ECLI:EU:C:2018:711). Vid., en especial, los análisis y comentarios de dicha resolución efectuados por GÓMEZ AMIGO, L., «Control de las cláusulas abusivas y garantías procesales en los procesos con técnica monitoria, a la luz de la jurisprudencia reciente», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 49-2019, pp. 14-16 y MARTÍNEZ SANTOS, A., «Protección efectiva de los derechos del consumidor, acceso a la Justicia y control judicial de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario: a propósito de un pronunciamiento reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71-2019, pp. 103-124.

La importancia de la petición de decisión prejudicial, que da lugar al as. C-176/17, radica en ser la primera mediante la que se pregunta al TJUE si, su jurisprudencia acerca del deber del juez nacional de controlar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE⁴, debe ser también aplicada cuando se examina una obligación cambiaria derivada de un título valor que garantiza el cumplimiento de un contrato de crédito al consumo.

Concretamente, la duda planteada estriba en si la reclamación de un derecho documentado en un pagaré, debidamente cumplimentado por el empresario (prestamista) contra un consumidor (prestatario), a través de un procedimiento de requerimiento de pago (de naturaleza monitoria) en el cual el órgano jurisdiccional nacional, a los efectos de requerir de pago al consumidor, debe limitarse a verificar la regularidad formal del título sin entrar a valorar la relación causal subyacente, se opone a lo previsto en los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, así como, a lo establecido en los arts. 17.1 y 22.1 de la Directiva 2008/48/CE⁵.

Como hemos adelantado, y debido a la profundidad con que la Abogada General explora los diversos extremos surgidos de la cuestión prejudicial, es pertinente detenerse tanto en los argumentos que desarrolla cuanto en las conclusiones parciales a las que llega y que conducen a su propuesta de decisión⁶. El punto de partida de su razonamiento es la descripción que el propio órgano jurisdiccional, que interpone la cuestión prejudicial, efectúa de la estructura del procedimiento de requerimiento de pago⁷. Aquel explica que en dicho procedimiento se distinguen dos fases: la primera se inicia con la solicitud de emisión de un requerimiento de pago, que debe ser estimada, si el pagaré es regularmente formal y ni su autenticidad ni su contenido suscitan dudas; la segunda fase comienza con la oposición del deudor al requerimiento de pago pudiendo alegar tanto las excepciones cambiarias como las que emanan de la relación causal, p. ej., el carácter abusivo de una cláusula del contrato de crédito al consumo. En el supuesto de que el consumidor no formule oposición, el requerimiento de pago alcanza fuerza ejecutiva generando efectos de cosa

4. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE, L 95 de 21.4.1993, pp. 29-34; versión consolidada de 28.5.2022, publicada en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1993/13/2022-05-28>).

5. Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (DOUE, L 133 de 22.5.2008, pp. 66-92; versión consolidada de 30.12.23, publicada en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A02008L0048-20231230>).

6. Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 26 de abril de 2018, as. C-176/17 (ECLI:EU:C:2018:293).

7. Tribunal de Distrito de Siemianowice Śląskie, Polonia.

juzgada, pero solamente respecto a la obligación cambiaria, de modo que la relación subyacente puede ser objeto de un proceso posterior.

A pesar de que el órgano jurisdiccional remitente circunscribe su pregunta a la compatibilidad con el Derecho de la UE de la primera fase del procedimiento, la Abogada General entiende que la decisión sobre la misma exige que el procedimiento controvertido sea considerado en su totalidad, esto es, comprendiendo ambas fases (ap. 28). Esta perspectiva integradora va a situarla en una posición idónea para defender que los ordenamientos de los Estados miembros han de prever un proceso monitorio que sea aplicable incluso a los supuestos en los que el deudor es un consumidor. Sin embargo, veremos que, aun cuando el TJUE mantiene una perspectiva similar, su decisión va a ser diferente.

De las dos Directivas cuyos preceptos pueden no ser respetados por la normativa nacional, interesa al objeto de este estudio reparar en la Directiva 93/13/CEE⁸. La interpretación que lleva a cabo el TJUE de los arts. 6.1 y 7.1 de esta última Directiva se ha plasmado en multitud de sentencias lo que ha permitido identificar la *ratio decidendi* común a todas ellas y, como resultado, establecer con claridad la finalidad de la Directiva y los principios que la inspiran. Así, siendo su objetivo poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios, este logro se halla sujeto a que las legislaciones procesales civiles nacionales prevean las condiciones adecuadas para que los derechos reconocidos en la Directiva 93/13/CEE sean tutelados de forma efectiva. En este sentido, recuerda la Abogada General que el alcance del principio de autonomía procesal de los Estados miembros ha de adaptarse a las exigencias impuestas por los principios de equivalencia y de efectividad. Subraya que cuando el empresario opta por el proceso monitorio para reclamar las cantidades debidas por el consumidor, el órgano jurisdiccional nacional ha de adecuar su intervención al principio de efectividad. Ello supone que, de oficio y tan pronto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios, ha de examinar el posible carácter abusivo de una cláusula contractual. No llevar a cabo esta actuación comporta, ineludiblemente, que el consumidor no pueda ejercitar, o le resulte excesivamente difícil, los derechos que le confiere la Directiva 93/13/CEE (ap. 56).

8. Por lo que se refiere a la posible vulneración de la Directiva 2008/48/CE, como consecuencia de haber impuesto la firma de un pagaré en orden a garantizar el reintegro del préstamo, la Abogada General descarta tal posibilidad, esencialmente, porque la mencionada Directiva no lleva a cabo la armonización relativa a cómo debe garantizarse el cumplimiento de los derechos generados por los contratos de crédito al consumo (aps. 35 y 76).

Para la Abogado General la condición a la que se somete la actuación de oficio del órgano jurisdiccional nacional, que el TJUE ha expresado con las palabras «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios», es la clave para poder decidir la compatibilidad del proceso de requerimiento de pago con la Directiva 93/13/CEE. En efecto, aplicando esa condición a los hechos y al procedimiento principal, afirma que la regulación de la primera fase de dicho procedimiento es compatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la mencionada Directiva. Argumenta que en ese momento procesal el tribunal solo dispone del pagaré, cuya autenticidad y validez formal debe examinar. Por consiguiente, no tiene el deber de analizar el contrato de préstamo subyacente ya que no ha sido aportado. Compara estos trámites con los establecidos en el Reglamento (CE) 1896/2006, sobre el proceso monitorio europeo⁹, que puede ser incoado con el propósito de obtener un requerimiento de pago que facilite la ejecución de deudas, incluso frente a los consumidores. Esta comparación le permite concluir que el procedimiento nacional impone más requisitos que el monitorio europeo para que pueda ser emitido el requerimiento de pago. Con arreglo al primero el acreedor debe adjuntar a la solicitud el título cambiario, pues, en caso contrario el tribunal no emitirá el requerimiento, mientras que el art. 7.2 letra e) del Reglamento 1896/2006 se limita a establecer que el acreedor ha de describir los medios de prueba que acrediten su derecho sin exigirle su presentación (ap. 59)¹⁰.

El hecho de afirmar que la primera fase del procedimiento nacional de requerimiento de pago no colisiona con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva, fuerza a la Abogada General a referirse a dos sentencias del TJUE en las que este declara que la regulación del proceso monitorio por nuestra LEC, antes de su reforma por la Ley 42/2015, sí se oponía a esos preceptos¹¹. Entiende la Abogado General que en esos dos asuntos la decisión del TJUE no vino determinada por la particular estructura del proceso monitorio, sino por la naturaleza del documento que acompañaba la solicitud de requerimiento de pago. En los procesos

9. Reglamento (CE) 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE, L 399 de 30.12.2006, pp. 1-32). Modificado por el Reglamento (UE) 2015/2421, de 16 de diciembre de 2015 (DOUE, L 341 de 24.12.2015, pp. 1-13), por el Reglamento delegado (UE) 2017/1260 de la Comisión, de 19.6.2017 (DOUE, L 182 de 13.7.2017, pp. 20-30) y por el Reglamento (UE) 2023/2844, de 13 de diciembre de 2023 (DOUE, L de 27.12.2023, pp. 1-29).

10. Ahora bien, de una interpretación sistemática de los arts. 7.1 y 2 y 9.1 y de los anexos del Reglamento 1896/2006, en un supuesto en el que un empresario incoa un proceso monitorio europeo para reclamar a un consumidor el importe resultante de la liquidación de un contrato de préstamo y, ante la existencia de un posible «riesgo no desdeñable» de que el consumidor no se oponga al requerimiento europeo de pago, el TJUE ha declarado que el juez que tramita aquel tipo de proceso ha de poder pedir al acreedor que presente una copia del contrato con el fin de poder examinar el carácter eventualmente abusivo de tales cláusulas (STJUE de 19 de diciembre de 2019, as. acumulados C-453/18 y C-494/18, ECLI:EU:C:2019:1118).

11. Son las sentencias de 14 de junio de 2012, as. C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349) y de 18 de febrero de 2016, as. C-49/14 (ECLI:EU:C:2016:98).

monitorios sustanciados ante los tribunales españoles que formularon las cuestiones prejudiciales, el documento en el que se fundaba la solicitud de requerimiento de pago era el contrato de préstamo de modo que, ya en la primera fase, aquellos tenían a su alcance los elementos de hecho y de derecho necesarios para poder apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Su falta de iniciativa respondió a que una norma procesal, el art. 815 LEC, les prohibía apreciar de oficio aquel carácter. De ahí que el TJUE consideró que dicho precepto era incompatible con la Directiva 93/13/CEE

Despejada la incertidumbre sobre la compatibilidad de la primera fase del procedimiento nacional con la Directiva 93/13/CEE, la Abogada General procede a analizar la segunda. Esta fase, que se inicia con la oposición del consumidor, se caracteriza, de un lado, por suspender la ejecución y, de otro, por impedir que el requerimiento de pago adquiera fuerza de cosa juzgada. Pueden ser invocadas no solamente excepciones cambiarias sino también las defensas que se sustenten en el contrato de crédito al consumo. Es más, si el consumidor no se opone, la eficacia de cosa juzgada solo alcanza a la obligación cambiaria puesto que el requerimiento de pago se basa exclusivamente en el pagaré. No existe, pues, ningún óbice procesal que impida que el carácter abusivo de la cláusula pueda constituir el objeto de un proceso declarativo posterior en el que se ejercite una acción de enriquecimiento injusto o de indemnización de daños y perjuicios. Concluye la Abogado General que estos dos efectos comportan la compatibilidad del procedimiento examinado con la Directiva 93/13/CEE (ap. 71), pero a la vez ponen de manifiesto que la oposición al requerimiento de pago es clave para alcanzar la protección de los consumidores que pretende la citada Directiva (ap. 72).

Correspondiendo la iniciativa de la oposición al consumidor, el principio de efectividad no justifica, según ha puntualizado el TJUE, una intervención de oficio del tribunal nacional sustitutoria de la absoluta pasividad del consumidor¹². A dicha jurisprudencia se refiere la Abogada General añadiendo que, también el legislador europeo, ha asignado al deudor la carga de presentar un escrito de oposición al requerimiento de pago con vistas a «que la procedencia de la acción ejercitada sea examinada en un procedimiento judicial, de conformidad con el art. 17 Reglamento n.º 1896/2006» (ap. 74). No obstante, la relevancia que, como se acaba de señalar, tiene la oposición para la salvaguarda de los intereses de los consumidores supone que el TJUE mantenga su atención en la estructura, el desarrollo y las particularidades del procedimiento de requeri-

12. Vid. entre otras, SSTJUE de 1 de octubre de 2015, as. C-32/14 (ECLI:EU:C:2015:637) y de 10 de septiembre de 2014, as. C-34/13 (ECLI:EU:C:2014:2189).

miento de pago nacional como extremos susceptibles de crear el riesgo nada «desdeñable de que el consumidor no formule el recurso requerido» (ap. 77).

En este contexto, resulta lógico preguntarse por las condiciones que favorecen que surja ese riesgo. Pues bien, dos son los factores principales identificados por la Abogado General: el primero es la carga que la legislación nacional impone al consumidor de invocar en la oposición todos los hechos y fundamentos de derecho en los que basa el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato, así como la de proponer los medios de prueba que acrediten sus afirmaciones fácticas. Y el segundo es la brevedad del plazo fijado para presentar la oposición. Ambos factores dificultan, excesivamente, la intervención del consumidor.

Basándose en lo anterior, es razonable que la Abogada General concluya que una normativa nacional que solamente permite al juez, que tramita un procedimiento de requerimiento de pago, analizar el carácter abusivo de una cláusula si el consumidor alega la correspondiente excepción, debiendo este último fundamentarla fáctica y jurídicamente, así como proponer todos los medios de prueba pertinentes, es incompatible con la Directiva 93/13/CEE. El núcleo de la incompatibilidad no es solo la excesiva dificultad que puede representar para los consumidores formular una oposición que podríamos calificar de exhaustiva, sino que como consecuencia de imponer tales cargas procesales al consumidor quedaría limitada la amplitud del examen de oficio que ha de efectuar el juez nacional (ap. 78).

Ahora bien, la apreciación de oficio del posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato no es la única vía de afrontar la protección de los consumidores en los supuestos en los que se tramite un proceso de requerimiento de pago. La Abogada General apunta una segunda vía, ajustada a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE puesto que minimizaría los riesgos inherentes a la reclamación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de créditos al consumo a través de los cauces de un proceso de naturaleza monitoria, que consistiría en advertir que la reacción del consumidor, ante el requerimiento de pago del acreedor, no debería ser más que una contestación negando los hechos y no una oposición. Este es el posible sentido que cabe otorgar a las palabras de la Abogada General admitiendo la compatibilidad del procedimiento nacional con el principio de efectividad, siempre y cuando el deudor no haya de alegar en el plazo de dos semanas tras el requerimiento de pago «los hechos y pruebas en los que ha de basarse la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo» (ap. 79).

En definitiva, de las conclusiones de la Abogada General al as. C-176/17 cabe extraer suficientes argumentos con los que defender la compatibilidad de la

primera fase del procedimiento de requerimiento de pago nacional con la Directiva 93/13/CEE, e incluso de todo el procedimiento, si el tribunal actúa, en la segunda fase, adecuándose a las reglas que en aquellos se propone. No obstante, también cabe considerar que el legislador nacional deba emprender una reforma legal que, por otro lado, puede ser aplazada a la espera de la decisión que adopte el órgano jurisdiccional remitente: bien aplicar el Derecho procesal nacional de conformidad con la Directiva 93/13/CEE lo que implica que su examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato ha de poder recaer en motivos distintos de los alegados por el consumidor, bien abstenerse de aplicarlo si la interpretación conforme no es posible.

Sin embargo, la sentencia que dicta el TJUE en este asunto deja menos margen de actuación a los órganos jurisdiccionales y a los legisladores de los Estados miembros¹³. Su aproximación al problema no se distancia de la trazada por la Abogado General, de modo que subraya que: la protección de los consumidores es un tema de interés público, debiendo ser controlado eficazmente el supuesto carácter abusivo de las cláusulas del contrato; incoado un proceso para obtener el cumplimiento de lo establecido en el contrato, atribuye ese control a los tribunales nacionales; aclara que la supervisión consiste en el poder de apreciar de oficio la potencial abusividad de las cláusulas y, finalmente, precisa que han de ser esos órganos los que dejen sin aplicación las cláusulas abusivas a fin de que no vinculen al consumidor.

Es cuando ha de fijar el momento procesal en el que ha de tener lugar el control de oficio, esto es, el momento procesal en el que los elementos de hecho y de derecho necesarios deben hallarse a disposición de los tribunales nacionales, cuando el TJUE se separa de las conclusiones de la Abogado General, siendo su decisión menos flexible y condescendiente con el principio de autonomía procesal.

Lo anterior se constata en que niega que la oposición al requerimiento de pago regulada en el Derecho procesal nacional sea un incidente apropiado para velar por la tutela judicial efectiva de los consumidores. Y ello porque no logra conjurar el riesgo «no desdeñable» de que estos no se opongan o de que sea inadmisibles. El TJUE acepta que la fase de oposición sea regulada según diversas modalidades, aunque todas ellas han de estructurarse con arreglo a unos «requisitos procesales razonables». En caso contrario, se vulneraría el derecho de los consumidores a una tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 CDFUE.

13. STJUE de 13 de septiembre de 2018, as. C-176/17 (ECLI:EU:C:2018:711).

Los requisitos procesales del procedimiento nacional de requerimiento de pago no son, a juicio del TJUE, razonables debido, principalmente, a la brevedad del plazo previsto para que el consumidor pueda oponerse, la atribución a la fundamentación de la petición de la cualidad de presupuesto de admisibilidad de la oposición, la carga de proponer todos los medios de prueba pertinentes y el elevado importe de los gastos procesales en comparación con la cuantía de la deuda litigiosa. Por consiguiente, observa el TJUE la existencia de un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen oposición al requerimiento de pago.

Basándose en los anteriores criterios, el TJUE declara que el art. 7.1 Directiva 93/13/CEE ha de interpretarse en el sentido de que se opone a la regulación nacional de un procedimiento «que permite expedir un requerimiento de pago basado en un pagaré formalmente correcto, que garantiza un crédito nacido de un contrato de crédito al consumo, cuando el juez que conoce de una demanda de procedimiento monitorio no tiene la facultad de examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de ese contrato, ya que los requisitos para ejercer el derecho a formular oposición a dicho requerimiento no permiten garantizar el respeto de los derechos del consumidor derivados de la citada Directiva».

De las anteriores palabras cabe inferir que el TJUE entiende que la desprotección que experimenta el consumidor en la segunda fase del procedimiento contamina la primera, de modo que en su totalidad es incompatible con la Directiva 93/13/CEE.

Aun cuando solamente hemos obtenido la anterior sentencia que aborda el concreto supuesto de la protección que ha de otorgarse al consumidor, que ha firmado un contrato de crédito al consumo garantizado mediante un título valor, con base en el cual se incoa un procedimiento de requerimiento de pago de naturaleza monitoria¹⁴ y, pese a desconocemos si algún tribunal español ha elevado una cuestión prejudicial al TJUE sobre el citado tema, resulta lógico que aquella resolución nos genere la duda acerca de la compatibilidad del juicio cambiario previsto en la LEC con la Directiva 93/13/CEE.

14. En el auto de 5 de octubre de 2023, dictado en el as. C-25/23 (ECLI:EU:C:2023:786) el TJUE decide una cuestión prejudicial originada en la firma de varias letras de cambio como garantía del pago de la compra a plazos de un vehículo. Sin embargo, la reclamación no sigue los cauces de un proceso monitorio sino los establecidos para la ejecución forzosa, puesto que en el EM al que pertenece el órgano jurisdiccional remitente aquel título valor tiene fuerza ejecutiva. Por consiguiente, los argumentos que conducen a la resolución, y que son en esencia los que determinaron el contenido de la sentencia del as. C-415/11, Aziz, pese a que como reconoce el TJUE no tiene el mismo valor social la vivienda habitual y un vehículo, no son totalmente aplicables al proceso monitorio al no poder ser este considerado un proceso de ejecución.

3. Futura reforma del juicio cambiario

A nuestro entender, el legislador español no debería reformar el juicio cambiario de modo que quedara absolutamente desvirtuada la finalidad para la que ha sido previsto y continúa siendo necesario: ser el instrumento procesal que colabora en la tarea de facilitar y promover la circulación del crédito, incorporado a un título-valor, con el máximo de rapidez y simplicidad, así como, con el mínimo de inseguridad para el adquirente¹⁵.

Empezar a recorrer el camino de las reformas puede derivar en cambios cuyo objetivo es difícil de comprender como los que ha experimentado el proceso monitorio. Y no nos referimos, solamente, a la modificación que llevó a cabo la Ley 42/2015, de 5 de octubre, sino a la más reciente operada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

Comenzando por la Ley 42/2015, cabe recordar que ajustó la sustanciación del proceso monitorio a la doctrina del TJUE relativa a la obligación de los Estados miembros de prever procedimientos adecuados y eficaces para lograr el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. El ajuste consistió en que, previamente al requerimiento de pago, el juez de oficio debía examinar si alguna de las cláusulas del contrato constitutivas del fundamento de la petición o de la determinación de la cantidad exigible podía ser abusiva. En el supuesto de que apreciara esa posibilidad, debía dar audiencia a las partes, acreedor (profesional) y deudor (consumidor), para poder emitir un pronunciamiento al respecto. Esto es, la Ley 42/2015 si bien alteró la secuencia de actos procesales propia de la naturaleza y los caracteres del proceso monitorio, entendió que un incidente contradictorio era el medio idóneo a través del cual el juez podría obtener los imprescindibles elementos de hecho y de derecho en los que motivar su decisión.

Pues bien, dicha observancia del principio de contradicción, exigida tanto por el TJUE como por la Sala Civil de nuestro Tribunal Supremo¹⁶, ha sido suprimida por la última reforma del art. 815.3 LEC a cargo del Real Decreto-ley 6/2023. Al parecer el legislador español ha estimado apropiado aplicar el mismo tratamiento procesal a dos supuestos distintos: la determinación incorrecta por el acreedor del importe por el que solicita el requerimiento de pago y la posible abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre empre-

15. Cfr. por todos, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 29ª ed., edit. Tecnos, Madrid, 2022, pp. 484-499.

16. Acerca de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores que ha de dar lugar a un debate contradictorio entre las partes del proceso, cfr. ARMENGOT VILAPLANA, A., «La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil», ob. cit., pp. 26-29.

sarios y consumidores. De modo que el juez, antes de proceder a requerir de pago al deudor, dictará un auto sin previa audiencia de las partes, en el que en el primer caso planteará al acreedor una propuesta de requerimiento de pago por un importe corregido e inferior al inicialmente solicitado y, en el segundo, su propuesta consistirá en requerir de pago por la cantidad que resulte de excluir de la reclamada la cuantía derivada de la aplicación de la cláusula que califica de abusiva. Asimismo, en ambos supuestos las consecuencias para el acreedor que ha incoado el proceso monitorio son las mismas: deberá aceptar o rechazar la propuesta en el plazo de diez días. La aceptación puede ser expresa o tácita, sin que comporte la renuncia a la cantidad no satisfecha, y si el acreedor rechaza la propuesta se tendrá por desistido. Tanto en un como en otro caso, solo podrá hacer valer su pretensión relativa a la cantidad no satisfecha a través de un proceso declarativo ordinario.

No estimamos correcto prever el mismo tratamiento procesal a los dos supuestos incluidos en el art. 815.3 LEC. Debía haberse tenido en cuenta que no encierra el mismo nivel de complejidad la tarea de examinar si se han realizado correctamente unas operaciones aritméticas que la consistente en valorar si una cláusula de un contrato es abusiva. Dejando a un lado extremos controvertidos como que la reforma del art. 815.3 LEC va a suponer una modificación encubierta del art. 812 LEC que relaciona los documentos que deben acompañar la petición inicial y que, si la duda sobre la nulidad por abusiva recae, p. ej., en la cláusula de vencimiento anticipado, el juez deberá emitir un auto con un contenido distinto al previsto por la ley, debe subrayarse que el conocimiento de aspectos fácticos y jurídicos que ha de adquirir el juez para pronunciarse, p. ej., sobre la validez de la cláusula que establece el tipo de interés de demora, así como el respeto al derecho de defensa del acreedor, imponen la previsión de un incidente contradictorio previo a la resolución judicial¹⁷.

Las referidas modificaciones del proceso monitorio suscitan que nos preguntemos cómo afrontaría el legislador nacional una posible reforma del juicio cambiario. Al respecto, la doctrina más especializada¹⁸ ha argumentado que no sería extraño que el planteamiento de una cuestión prejudicial por un tribunal español, o una iniciativa parlamentaria, apoyándose en los pronunciamientos de la STJUE dictada en el as. C-176/17 condujera a una modificación del juicio cambiario.

17. Mediante auto de 30 de junio de 2024 (JUR\2024\231681), el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arucas ha elevado tres cuestiones prejudiciales al TJUE sobre la compatibilidad del art. 815.3 LEC, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2023, con los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE.

18. Vid. SENÉS MOTILLA, C., «Tratamiento de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 42-2017, en esp., pp. 13-18.

Es cierto que la inacción legislativa, ante una necesidad incontestable de acometer una reforma legislativa de manera sosegada, es una conducta que suele llevar a unos resultados que, con la excusa de ofrecer una solución ágil y rápida, pueden ir en contra de la dogmática y técnica jurídica.

No obstante, a nuestro entender resulta excesivo sostener que existe actualmente una necesidad clara y apremiante de modificar el juicio cambiario para los supuestos en los que el deudor cambiario sea un consumidor o usuario.

Hay varios elementos que han de ser valorados. Ya en 1985 la Ley Cambiaria y del Cheque advirtió la singularidad de los títulos valores emitidos en operaciones de consumo y dejaba abierta la posibilidad a la elaboración de un texto legal, complementario y específico, que estableciera las normas que hubieran «de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios»¹⁹. Hoy en día solamente contamos con lo que dispone en art. 24 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de créditos al consumo. Dicho precepto, si bien no prohíbe que, en orden a financiar adquisiciones de bienes y servicios, los títulos valores se libren «a la orden», aproxima su circulación a una cesión de crédito a causa del régimen de excepciones que el deudor cambiario puede invocar frente a los sucesivos tenedores²⁰.

De otro lado, tampoco cabe negar que se han expresado opiniones favorables a excluir la utilización de títulos cambiarios en las relaciones de consumo²¹. Aunque también se han expuesto razonamientos contrarios a que se prohíba el uso de efectos cambiarios en la financiación al consumo, entre las que cabe destacar la de nuestra doctrina²² y la de la Abogada General en el as. C-176/17. Esta última sostiene que el procedimiento de requerimiento de pago basado en un pagaré no es en abstracto, esto es como un tipo de proceso especial, incompatible con la Directiva 93/13/CEE. Lo motiva advirtiendo que el legislador de la UE en su Directiva 2008/48/CE concede a los Estados miembros un margen de maniobra en cuanto a la utilización de pagarés como garantía de los contratos de crédito al consumo, de modo que una declaración genérica de

19. Vid. ap. V del Preámbulo de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

20. El art. 24 de la Ley 16/2011 dispone que, en los casos de contratos de crédito vinculados a contratos de suministro de bienes o de prestación de servicios específicos, «si el consumidor o su garante se hubieran obligado cambiariamente mediante la firma de letras de cambio o pagarés, podrán oponer al tenedor (...) las excepciones que se basen en sus relaciones con el proveedor de los bienes o servicios correspondientes».

21. Vid. GÓMEZ AMIGO, L., «Control de las cláusulas abusivas y garantías procesales en los procesos con técnica monitoria, a la luz de la jurisprudencia reciente», *ob. cit.*, p. 16.

22. Vid. ESCUIN IBÁÑEZ, I., «Cláusulas abusivas en los contratos de préstamo celebrados con consumidores que prevén la firma de determinado pagaré. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2014 (3892/2014)», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. (Civil y Mercantil)*, vol. 6º (2013-2014), M. Izquierdo Tolsada (dir.), J. Espín Granizo (coord.), edit. Dykinson, Madrid, 2016, p. 230.

incompatibilidad supondría «una intromisión excesiva en la autonomía procesal de los Estados miembros» (ap. 76).

En este contexto de una posible reforma del juicio cambiario con el objetivo de convertirlo en un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, de modo que encaje en la doctrina del TJUE vertida sobre el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, es oportuno poner de relieve que es tal doctrina es dinámica y ofrece muchos matices que son fruto de las especificidades que presenta cada una de las cuestiones prejudiciales que le son planteadas. Ni el carácter ni la finalidad de este trabajo permiten demostrar con multitud de evidencias esas características, pero siempre desde la prudencia, sí resulta adecuado para extraer de pocas sentencias del TJUE indicios suficientes de que no son desacertadas.

Para el TJUE el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales ha de ser controlado de oficio por el juez y siempre en unos momentos o períodos procesales que ha concretado con bastante precisión. Estos momentos son siempre previos a la creación de un título ejecutivo, pero también anteriores al despacho de la ejecución, a pesar de que en el proceso de declaración que le hubiera precedido ya se hubiera realizado aquel tipo de control. Ello es debido a que el TJUE no sólo ha establecido el cuándo de la intervención de oficio del juez, los motivos por los cuales declara que algunos procedimientos de oposición no son eficaces para que sea el consumidor el agente que logre el cese del uso de cláusulas abusivas que les son impuestas, los trámites que conforman su actuación de oficio, sino también cómo ha de dejar constancia el juez de su actuación y si esta ha de estar sometida a un ulterior control. Así, pues, de manera paulatina, el Tribunal de Luxemburgo va dando contenido a esa intervención, a la par que va sentando los cánones que derivan del principio de efectividad o, lo que es todavía más relevante, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE)²³.

Respecto del modo en que ha de proceder el juez nacional, el TJUE se ha referido a dos extremos. El primero es el relativo a los actos procesales que deben ser realizados cuando el juez entienda que ha de analizar de oficio el posible carácter abusivo de una cláusula contractual. Tales actos vienen determinados por el deber del juez de cumplir con los postulados del derecho a un juicio equitativo, cuya titularidad corresponde a cada una de las partes. Ello compor-

23. Sobre la constitucionalización del límite a la autonomía procesal de los Estados miembros impuesto por el principio de efectividad, vid. MARTÍNEZ SANTOS, A., «Protección efectiva de los derechos del consumidor, acceso a la Justicia y control judicial de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario: a propósito de un pronunciamiento reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», ob. cit., p. 113.

ta que a estas se les debe dar la oportunidad de conocer y debatir, de forma contradictoria, sobre los elementos de hecho y de derecho que estén a disposición del juez y que fundamentarán su decisión²⁴. Y el segundo extremo alude a los pronunciamientos mínimos que, ineludiblemente, ha de emitir y que son: identificar la cláusula que ha sido objeto de control; exponer, aun sucintamente, las razones por las que la cláusula es, o no es, abusiva y advertir a ambas partes, pero especialmente al consumidor, que si no interponen contra la decisión los recursos previstos por la ley nacional no podrán, posteriormente, invocar el carácter abusivo de la cláusula.

Este segundo extremo ha sido explicado por el TJUE en la sentencia que dicta en el as. C-724/22 y que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español al que le surge la duda de si se opone al art. 7 de la Directiva 93/13/CEE y, en consecuencia, es contraria al principio de efectividad la normativa procesal nacional que no permite un segundo control de oficio, sobre el carácter abusivo de una cláusula previo al despacho de la ejecución, cuando ya se llevó a cabo un primer control de la posible abusividad de la misma cláusula en el proceso monitorio que finalizó con la creación del título ejecutivo judicial²⁵. En el auto de planteamiento de la petición de decisión prejudicial se afirma que el control llevado a cabo por el juez que tramitó el proceso monitorio se realizó «sin disponer de todos los datos necesarios»²⁶. Con todos estos antecedentes, el TJUE entiende que el control de oficio llevado a cabo en el proceso monitorio no ha sido efectivo ya que no ha logrado compensar la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional. Y concluye que le corresponde, al órgano jurisdiccional que ha de despachar ejecución, volver a ejercer el control del eventual carácter abusivo de la cláusula contractual, pudiendo acordar de oficio las diligencias de prueba necesarias.

4. Observaciones relativas al alcance de una futura reforma del juicio cambiario

No se aporta nada nuevo al decir que el juicio cambiario es el cauce natural a través del cual se han de ejercitar las acciones cambiarias. Lo que significa que está previsto para otorgar una tutela judicial efectiva al legítimo portador del título-valor que como acreedor reclama la satisfacción de su derecho de crédito.

24. Vid. STJUE de 11 de abril de 2024, as. C-173/23 (ECLI:EU:C:2024:295).

25. STJUE de 29 de febrero de 2024, as. C-724/22 (ECLI:EU:C:2024:182).

26. Dicho auto, de 26 de julio de 2022, está publicado en la web del TJUE en la lista de documentos del as. C-724/22. Teniendo en cuenta, que con la demanda solo se debe acompañar el título ejecutivo judicial, el órgano jurisdiccional remitente debió de revisar los documentos que constaban en el expediente del proceso monitorio y que fueron aportados por el empresario antes de proceder a requerir de pago al consumidor.

A pesar de que la LEC vigente no reconoce a los títulos cambiarios eficacia ejecutiva sí demuestra que comprende el valor y significado del rigor cambiario en sus manifestaciones procesales, pues, les concede una protección privilegiada respecto de otros documentos privados e incluso públicos. En efecto, como sabemos para incoar un juicio cambiario basta con redactar una demanda sucinta a la que debe acompañarse el título cambiario. Presentados estos documentos, el juez examinará de oficio su competencia objetiva y territorial, así como la regularidad formal del título. Si entiende que se cumplen las exigencias legales, dictará un auto requiriendo de pago al deudor y ordenando el inmediato embargo preventivo de sus bienes (art. 821.1 y 2 LEC).

En estos primeros actos procesales del juicio cambiario adquiere una relevancia especial el embargo preventivo. Debemos reparar en diversas cuestiones sobre el mismo y lo haremos de la mano de las enseñanzas del Prof. Cachón Cadenas²⁷. Comenzamos subrayando su naturaleza procesal ya que el embargo «tiene lugar en un proceso, viene regulado por normas procesales y, por tanto, crea una situación jurídica en la que aparece involucrado un sujeto distinto de las partes, dotado, además de carácter público: el órgano jurisdiccional»²⁸. La relevancia de esta primera afirmación estriba en aclarar que la configuración del embargo no puede ser explicada a partir de situaciones y relaciones jurídicas pertenecientes al derecho privado.

En segundo término, debe notarse que el juez solo puede realizar válidamente actos dispositivos sobre los bienes del deudor una vez ha acordado el embargo de dichos bienes. Este poder dispositivo forma parte de la potestad jurisdiccional atribuida a los jueces y tribunales (art. 117.3 CE) y puede ejercitarse, paulatinamente, con la adopción de sucesivos actos procesales. Así sucede con el embargo preventivo que, al ser una medida cautelar, agota su función con la afección de ciertos bienes a un proceso determinado. Ello es debido a que el ejercicio de tal poder en su grado máximo está supeditado a una condición: que pueda iniciarse la fase de apremio o de realización de los bienes embargados. Ahora bien, «lo importante es percatarse de que esa limitación no depende tanto de la naturaleza del embargo cuanto de la clase de proceso en el que la traba se lleva a efecto»²⁹.

Y, en tercer lugar, deben poder ser identificadas las consecuencias jurídicas que el embargo genera para el acreedor y deudor, respectivamente. El primero ad-

27. En el presente estudio, nos apoyamos, especialmente, en CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, edit. Librería Bosch, 1991.

28. CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, ob.cit., p. 68.

29. CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, ob.cit., p. 70.

quiere un conjunto de expectativas procesales, entre las que cabe destacar que los bienes embargados deben ser destinados a satisfacer, con carácter preferente, su pretensión. Y el segundo, el deudor, conserva, no solo la titularidad jurídica sobre aquellos, sino también su facultad de disposición, aunque solo podrá realizar actos dispositivos con la carga del embargo³⁰.

El embargo preventivo adoptado en el juicio cambiario presenta unas singularidades que, con toda seguridad, obedecen a la pérdida en la LEC de 2000 de la cualidad de título ejecutivo que ostentaban la letra de cambio, el pagaré y el cheque en la LEC de 1881. Aquellas constituyen salvedades a los presupuestos generales de las medidas cautelares, pues, de un lado, el acreedor no debe acreditar la existencia del *periculum in mora* ya que con la aportación del título cambiario se prueba la vigencia del derecho de crédito ni debe prestar caución³¹ y, de otro, se adopta sin dar audiencia al deudor³².

Esta última particularidad con la que se pretende tutelar y asegurar la satisfacción del crédito cambiario halla su contrapeso en la facultad concedida al deudor de solicitar el alzamiento del embargo preventivo. Según dispone el art. 823 LEC, tal solicitud deberá ser presentada dentro de los 5 días siguientes al del requerimiento de pago y ha de fundarse bien en la negación categórica de la autenticidad de la firma bien en la falta absoluta de representación. Una vez haya analizado la documentación aportada y las circunstancias del caso, el tribunal podrá alzar el embargo preventivo. En este supuesto, podrá además imponer al deudor la prestación de caución o garantía adecuada. Nada más establece el art. 823 LEC; no hace ninguna referencia a los actos procesales que se realizan tras la petición del deudor.

Como era previsible, esta falta de precisión legislativa ha sido valorada negativamente por la doctrina, pues, entiende que ha colocado a los sujetos del proceso en una inseguridad jurídica que debería haberse evitado. Claros ejemplos de este estado de incertidumbre son las preguntas que surgen acerca de si debe sustanciarse un incidente para resolver sobre la petición de alzamiento del embargo, si dicho incidente suspende la tramitación del juicio cambiario, si ha de adoptar forma contradictoria y si ha de exigirse una cumplida prueba de

30. CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, ob.cit., pp. 71-73.

31. Vid. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, edit. La Ley, Madrid, 2000, pp. 163-165.

32. Para algunos autores, las especialidades del embargo preventivo adoptado en el juicio cambiario ponen en tela de juicio su naturaleza cautelar; cfr. entre otros, ADÁN DOMÉNECH, F., *El nuevo proceso cambiario*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 92-100; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El juicio cambiario en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 60 y 61. No obstante, también ha sido defendida su naturaleza cautelar, si bien reconociendo las especialidades que les atribuye el legislador a modo de compensación por haber despojado a los títulos cambiarios de fuerza ejecutiva; vid. en este sentido, GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El juicio cambiario*, edit. Juruá, Lisboa, 2014, pp. 149-152.

las causas que dan lugar al alzamiento del embargo o es suficiente una prueba semiplena³³.

Aun expuesto con trazos muy gruesos, este es el contexto en el que es probable que incida la jurisprudencia del TJUE. Y quizá porque está poco definido va a poder ajustarse, sin afectar a la esencia del juicio cambiario, a los postulados del principio de efectividad aplicados a un procedimiento de requerimiento de pago en el que el empresario reclama al consumidor el cumplimiento de una cláusula contractual que puede ser abusiva.

Pues bien, en líneas generales, nuestra propuesta consiste en mantener el inicio del juicio cambiario con la presentación de una solicitud de requerimiento de pago y la adopción de embargo preventivo, a la que el empresario debe acompañar el título cambiario. En la resolución en la que admita la petición, el juez va a requerir de pago al consumidor, acordará practicar el embargo preventivo de sus bienes e informará a este último que, en un plazo no inferior a 5 días, puede pagar o alegar que alguna de las cláusulas que constituyen el fundamento de la petición, o determinan el importe exigible, es abusiva. A dicha alegación deberá acompañar el contrato y el resto de los documentos que estime conveniente.

Las consecuencias de la invocación de la eventual abusividad han de ser la suspensión del curso del juicio cambiario y de la decisión acordando el embargo preventivo, así como la apertura de una pieza separada en la que el juez ha de oír a ambas partes. La finalidad de este incidente ha de ser resolver, con base en la documentación aportada, si debe procederse a embargar bienes del consumidor. En la resolución que dicte el juez, junto a los pronunciamientos sobre el alzamiento de la suspensión del juicio cambiario y la traba, otorgará al deudor un plazo no inferior a 15 días para que presente demanda de oposición cambiaria.

Finalmente, debe contarse con la posibilidad de que el consumidor ni pague ni alegue el carácter abusivo de una cláusula contractual, ni tampoco formule directamente oposición. Ante tal pasividad, la protección del crédito cambiario impone que el juez despache ejecución. La cuestión que nos surge es la relativa al régimen que debe aplicarse a la ejecución despachada. A nuestro juicio, debería tenerse en cuenta el pronunciamiento del TJUE en la sentencia dictada en el as. C-724/22 ya mencionada, así como las modificaciones que el Real Decreto-ley 6/2023 ha introducido en los arts. 552 y 561 LEC. Ello

33. Cfr. entre otros, BONET NAVARRO, J., *El proceso cambiario*, 1ª ed., edit. La Ley, Madrid, 2000, pp. 95-97; y SERRANO MASIP, M., *El juicio ejecutivo cambiario*, edit. Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 296-311.

supondría no aplicar a los juicios cambiarios, en los que el deudor sea un consumidor, el art. 825 LEC y así eludir las normas reguladoras de la ejecución fundada en títulos judiciales. Por el contrario, convendría prever que el juez que despacha ejecución puede ejercer un control de oficio del eventual carácter abusivo de la cláusula contractual fundamento de la reclamación. La configuración de este control se adecuaría a lo dispuesto en el nuevo apartado 4º del art. 552 LEC: audiencia a las partes por quince días, resolución por auto que deberá pronunciarse sobre la abusividad y que, una vez firme, tendrá eficacia de cosa juzgada.

5. Bibliografía

- ADÁN DOMÉNECH, F., *El nuevo proceso cambiario*, edit. J. M. Bosch, Barcelona, 2002.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., «La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44-2018, pp. 1-29.
- BONET NAVARRO, J., *El proceso cambiario*, 1ª ed., edit. La Ley, Madrid, 2000.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 29ª ed., edit. Tecnos, Madrid, 2022.
- CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, edit. Librería Bosch, 1991.
- CACHÓN CADENAS, M. y PÉREZ DAUDÍ, V., *Proceso y consumo*, edit. Atelier, Barcelona, 2022.
- CEDENO HERNÁN, M., *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes del juez en el proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ESCUIN IBÁÑEZ, I., «Cláusulas abusivas en los contratos de préstamo celebrados con consumidores que prevén la firma de determinado pagaré. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2014 (3892/2014) », en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. (Civil y Mercantil)*, vol. 6º (2013-2014), M. Izquierdo Tolsada (dir.), J. Espín Granizo (coord.), edit. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 223-230.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El juicio cambiario en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 2012.
- GÓMEZ AMIGO, L., «Control de las cláusulas abusivas y garantías procesales en los procesos con técnica monitoria, a la luz de la jurisprudencia reciente», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 49-2019, pp. 1-20.
- GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El juicio cambiario*, edit. Juruá, Lisboa, 2014.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Principio de efectividad y tutela judicial: la respuesta del proceso civil», en *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, F. Bueno de Mata (dir.) e I. González Pulido (coord.), edit. Atelier, Barcelona, 2019, pp. 33-56.

- MARTÍNEZ SANTOS, A., «Protección efectiva de los derechos del consumidor, acceso a la Justicia y control judicial de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario: a propósito de un pronunciamiento reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71-2019, pp. 103-124.
- ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, edit. La Ley, Madrid, 2000.
- SENÉS MOTILLA, C., «Tratamiento de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 42-2017, pp. 1-17.
- SERRANO MASIP, M., *El juicio ejecutivo cambiario*, edit. Cedecs, Barcelona, 1997.
- SERRANO MASIP, M., «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno», *Revista de Estudios Europeos*, nº 68-2016, pp. 5-32.

XXIII | Arbitraje y registros públicos: un largo camino de desencuentros

Jaume Solé Riera
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. SOBRE LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE. 3. CONVENIO ARBITRAL Y REGISTRO PÚBLICO. 4. ¿CÓMO PUEDE ACCEDER UN LAUDO CAUTELAR A UN REGISTRO PÚBLICO? 5. LA INSCRIPCIÓN DEL LAUDO EN EL REGISTRO: REGULARIDAD FORMAL Y ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. 6. LAUDO FIRME, ACCIÓN DE NULIDAD E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO. 7. HACIA UNA NECESARIA REFORMA LEGAL INTEGRADORA DEL ARBITRAJE Y LOS REGISTROS PÚBLICOS. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. Consideraciones generales

Constituye un lugar común considerar al arbitraje como un método de resolución de controversias libremente elegido por las partes, que ofrece, como notas características de su esencia, la celeridad, la confidencialidad, la especialización, la elección del número de árbitros, el carácter tasado del sistema de impugnación, el mantenimiento de las relaciones comerciales, el antiformalismo y la libertad de elección del idioma, entre otras¹.

La regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido diversas variaciones desde la implementación de la primera Ley de Arbitraje Privado, de 22 de diciembre de 1953, hasta la actual Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, hoy en vigor, tras la reforma mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo. La evolución sufrida en la normativa reguladora del arbitraje ha tomado como referente el modelo propuesto en sede de Naciones Unidas, en

1. HINOJOSA SEGOVIA, R., *La judicialización del arbitraje*, en *Diariolale*, de 28 septiembre 2022. Por su parte, se señalan como desventajas del arbitraje la limitación de la materia arbitrable, la dificultad de su constitución, un mayor coste de funcionamiento, la necesidad de la intervención de la jurisdicción en determinados casos previstos en la ley, el carácter rescindente de la acción de anulación, y la imposibilidad de impugnar el Ordenamiento Jurídico.

concreto por la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI). Esta adaptación de la legislación española a la moderna regulación del arbitraje ha supuesto un posicionamiento favorable por parte de nuestro Legislador a favor de la solución heterocompositiva que supone el arbitraje, junto con el sistema ordinario de solución de conflictos que supone el Poder Judicial.

Sin embargo, esta visión global favorable a la cultura arbitral en los sectores del Ordenamiento Jurídico donde es más propicia su implementación no puede obviar el tratamiento de un tema que carece de una regulación adecuada, cuanto menos suficiente. Se trata de la necesaria e imprescindible relación que debe existir entre el arbitraje y los Registros jurídicos, especialmente el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil. Así, es extraordinariamente escasa la regulación normativa sobre el acceso al Registro de las distintas manifestaciones que se producen a lo largo de un proceso arbitral, ya desde el propio convenio arbitral, ya desde su finalización mediante el laudo.

Nuestro sistema jurídico no está preparado, en la actualidad, para dar solución a temas de tal envergadura como la posible inscripción del convenio arbitral en un Registro público y los efectos que pudiera tener respecto de terceros, la implementación de medidas cautelares con efectos registrales adoptadas por el árbitro en el curso de un proceso arbitral, el acceso directo del laudo firme a un Registro jurídico, o la posible calificación (en su extensión) que pueda llevar a cabo el Registrador².

En los siguientes epígrafes se efectuará un análisis de las principales carencias que hoy en día podemos constatar en la relación entre arbitraje y Registros jurídicos, así como determinadas propuestas de acercamiento entre ambas realidades, a fin de intentar aprovechar las sinergias que estas instituciones generan en sus respectivos campos de actuación.

2. Sobre la naturaleza del arbitraje

La determinación de la naturaleza jurídica de una institución es siempre un tema de relevancia, pues permitirá incidir, dependiendo de cuál sea aquella, en la interpretación que se acabe otorgando a los contenidos de las materias reguladas en la ley. En nuestro caso, el devenir histórico, político y económico del

2. Sobre el particular, Vid., el interesante trabajo de AGUIRRE FERNANDEZ, B. J., «*El arbitraje: su publicidad a través del registro de la propiedad y el registro mercantil*», tesis doctoral inédita, Universidad de Córdoba (España), 2021.

arbitraje han incidido directamente en las diversas concepciones acerca de su naturaleza jurídica.

En ese sentido, para la concepción contractualista del arbitraje, el convenio arbitral es el máximo exponente de las relaciones jurídico —privadas subyacentes, y deviene el contrato entre las partes del que trae causa la propia existencia del arbitraje. En el convenio surge la voluntad inequívoca de que sea la institución arbitral la que resuelva la controversia, apartando al Poder Judicial de su intervención. Con el paso del tiempo esta concepción se ha visto superada, entre otros aspectos, por la naturaleza de la función ejercida por los árbitros y los efectos que el Ordenamiento Jurídico atribuye al laudo arbitral³.

Para la concepción jurisdiccionalista del arbitraje, la fuerza ejecutiva del laudo y su efecto de cosa juzgada son los elementos determinantes que califican a esta institución. El árbitro, en aplicación de la autonomía de la voluntad, dispone de la facultad de decidir y aplicar el derecho en el caso concreto (*auctoritas*), pero no tiene la *potestas* para su ejecución, porque ésta sólo corresponde en exclusiva al Poder Judicial. También, la función que ejerce el árbitro, como elemento propio de la jurisdicción, se contiene en la eficacia de cosa juzgada que se atribuye al laudo; éste resuelve de forma irrevocable, sin que sea posible un control ulterior de su contenido⁴. Sin embargo, también las relaciones jurídico-privadas están presentes en el arbitraje, con frecuencia como componentes integrantes de la institución.

Por ello, desde los planteamientos de estas dos posiciones, en cierto modo antagónicas, aparece la llamada teoría mixta del arbitraje, posición actualmente dominante, que ofrece una interpretación en cierto modo ecléctica: el origen y nacimiento del arbitraje es esencialmente contractual, aunque su desarrollo y eficacia es jurisdiccional. Ha sido la labor interpretativa llevada a cabo por el Tribunal Constitucional la que se ha encargado de dar carta de naturaleza a esta concepción, ya desde sus inicios con las SSTC 288/1993 y 174/1995⁵.

3. BARONA VILAR, S., (Coord.) «Comentarios a la Ley de Arbitraje», Ed. Civitas, 2ª edición, 2011, pág. 68.

4. MONTERO AROCA, J., «Derecho Jurisdiccional I. Parte General.», Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, 2010, pág. 122. Afirma que «no se trata de que las resoluciones con cosa juzgada gocen de una presunción iuris et de iure de verdad, sino que el ordenamiento otorga la fuerza jurídica a estas decisiones».

5. El ATC 326/1993, de 26 octubre, define el arbitraje como aquella institución por la que «el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *autoritas*, por imperativo de la ley; y solo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los tribunales civiles».

Es lo cierto que, en pocas instituciones jurídicas, y entre ellas está el arbitraje, coinciden tantas expectativas configuradoras de un entramado plural, tanto de naturaleza contractual como pública a la vez, preordenadas a la obtención de la misma finalidad. No puede prescindirse de ambos componentes: la libertad de las partes de someterse al arbitraje para la obtención de la resolución definitiva del conflicto, y la función del árbitro de solucionar el litigio planteado en el curso del proceso arbitral así configurado. No puede haber arbitraje sin convenio, pero tampoco se puede dictar un laudo con efecto de cosa juzgada sin proceso.

3. Convenio arbitral y registro público

El convenio arbitral es uno de los pilares esenciales de la institución arbitral, de tal forma que sin él no puede tener lugar esta forma de resolución de controversias. El convenio será necesario tanto para que exista el arbitraje en su conjunto, como para que tenga lugar el inicio del procedimiento arbitral. El arbitraje se fundamenta en la libre decisión adoptada por las partes de someter su conflicto a la resolución vinculante que el proceso arbitral configura, de tal forma que la manera de plasmar esa decisión tiene lugar mediante la firma del convenio arbitral.

A su vez, el convenio arbitral es fundamento y límite del arbitraje⁶, por cuanto la propia existencia del arbitraje se vincula necesariamente a la voluntad de someterse al mismo, pero dentro de los contenidos que las partes han pactado expresamente, de tal forma que no podrá reconocerse labor arbitral a aquella que resuelve sobre lo que no aparece contenido en el convenio arbitral.

Determinado el carácter nuclear del convenio arbitral es preciso poner de manifiesto la limitada y escueta regulación existente en nuestro Ordenamiento Jurídico entre el arbitraje y los Registros públicos (principalmente de la propiedad y mercantil). Tal es así, que puede afirmarse que solo disponemos de dos supuestos en los que se aborda una interrelación entre arbitraje y Registro.

En primer lugar, el artículo 38 del Reglamento de la Ley Hipotecaria (Decreto de 14 de febrero de 1947, última modificación en 26 noviembre de 2020) cuando indica: «*Las resoluciones judiciales o laudos arbitrales dados en el extranjero serán inscribibles cuando hayan sido reconocidos por Tribunal o Autoridad competente, con arreglo a las leyes y convenios internacionales*».

6. VERDERA SERVER, R., «*Comentarios a la Ley de Arbitraje*», Ed. Civitas, 2ª edición, 2011, pág. 363.

En segundo término, los apartados *bis* y *ter* del artículo 11 de la Ley de Arbitraje, a resultas de la última reforma de este texto legal mediante la Ley 11/2011. En este precepto se prevé, en su apartado *bis*, que las sociedades de capital puedan someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen mediante la introducción en los estatutos sociales del convenio arbitral (cláusula de sumisión a arbitraje). En el apartado *ter* del referido precepto se efectúa una regulación del supuesto en el que mediante laudo se declara la nulidad de un acuerdo inscribible, cuyo laudo también deberá inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente.

Estos supuestos, que disponen de base normativa expresa, permiten justificar la importancia que debe darse a la inscripción del convenio arbitral en los Registros públicos, por cuanto debiera ser la regla general en todos los casos en que nos encontramos con un convenio arbitral con incidencia registral. Con dicha inscripción se alcanzaría el efecto de publicidad registral vinculante, de tal forma que la obligación a su cumplimiento no quedaría limitada a las partes firmantes del convenio, que también, sino, además, a todos aquellos que, con posterioridad a su inscripción, llevasen a cabo algún acto dispositivo sobre el objeto inscribible, ya sea una finca inmueble, ya sea un nuevo socio de la sociedad cuyos estatutos prevean el arbitraje como forma de solución del conflicto. Si bien es cierto el efecto favorecedor que supone la inscripción del convenio en los Registros públicos para la implementación del arbitraje, en general, no debemos olvidar las numerosas reticencias que siguen existiendo entre los principales operadores jurídicos a la hora de facilitar ese acceso del arbitraje al Registro.

La consagración del principio de la autonomía de la voluntad que supone el convenio arbitral, junto con el modelo de *numerus apertus* de nuestro sistema registral jurídico real, deben permitir a las partes que sea el arbitraje quien regule la posible solución a las controversias que surjan en el ejercicio de las acciones que tutelan los derechos reales inscritos.

Como se ha afirmado *ut supra*, el convenio arbitral requiere del consentimiento expreso de todos los firmantes de este, que devendrán partes en un futuro litigio sobre la materia prevista en el convenio⁷. No es válida la imposición del

7. Hay dos excepciones a la regla general de que no hay arbitraje sin el consentimiento expreso de todas las partes implicadas. Se trata del arbitraje societario y del arbitraje testamentario. En el primer caso, si el pacto arbitral se incluye en los estatutos de la sociedad tras su constitución, dicho acuerdo de modificación de estatutos no debe adoptarse por unanimidad, sino que basta el voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social. En el segundo supuesto, el testador dispone de forma unilateral que las posibles controversias entre sus herederos se resuelvan mediante un proceso arbitral; los herederos que acepten la herencia no habrán manifestado su aceptación al arbitraje, pues vendrá impuesto por decisión directa del causante.

arbitraje obligatorio sin mediar el consentimiento de alguna de las partes. Este criterio no genera contradicción respecto de aquellos supuestos en que una parte se ve obligada a someter sus conflictos a arbitraje por el hecho de ser un tercero adquirente vinculado por un convenio arbitral inscrito en el Registro público. Los efectos que produce la publicidad registral determinan que cuando ese tercero adquiere derechos con relación a una titularidad o situación jurídica inscrita, los adquiere con el contenido que aparece publicado por el Registro; es decir, al manifestar su voluntad con aquello publicado por el Registro está consintiendo directamente el contenido del convenio arbitral.

Cuestión distinta es la que afecta a cuál deba ser el alcance y la extensión de la calificación que lleve a cabo el Registrador cuando se pretenda la inscripción de un convenio arbitral en un Registro público. En la medida en que la inscripción queda bajo la salvaguarda de los tribunales, surtiendo plenos los efectos jurídicos, salvo que una sentencia judicial acuerde lo contrario, la calificación del Registrador supone un verdadero control de legalidad sobre el documento que se pretende inscribir (en nuestro caso, un convenio arbitral), de tal forma que ese documento es adecuado al Ordenamiento Jurídico, y no contrario a él.

Esa actuación del Registrador, que es propia a su función pública, debe incidir sobre la validez jurídica del convenio, tanto de los elementos personales de los firmantes del documento, como sobre si la materia objeto del arbitraje, plasmada en el convenio, es susceptible de ser arbitrada. Sobre este particular podría plantearse la duda a cerca de esa función del Registrador en orden a solapar la función exigible al árbitro, prevista expresamente en el artículo 22 de la LA. Este precepto recoge la llamada potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia (lo que en Alemania se acuñó con el nombre de *kompetenz-kompetenz* prinzip). Este precepto habilita a que sean los árbitros los que deban decidir sobre aquellos extremos que pongan en duda o afecten a su competencia para conocer de un asunto, de tal forma que quedan obligados a controlar de oficio su propia competencia.

En ese planteamiento, si el Registrador acordase la no inscripción del Convenio arbitral por entender que el mismo integra un contenido que escapa a su arbitrabilidad, ello no supondría la invalidez o nulidad del referido convenio, sino únicamente que no tendrá acceso a la publicidad registral que supone su inscripción en un Registro público. Por lo demás, las partes firmantes del meritado convenio podrán iniciar y seguir hasta el final el arbitraje, si el árbitro asume su competencia para ello, en aplicación del antes indicado artículo 22 LA.

4. ¿Cómo puede acceder un laudo cautelar a un registro público?

La Ley de Arbitraje regula, en su artículo 23, la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares en el curso de un proceso arbitral, dirigidas a asegurar la efectividad del laudo. Salvo acuerdo en contrario de las partes, esa potestad cautelar de que dispone el árbitro se enmarca en sus atribuciones declarativas; es decir, para llevar a cabo la ejecución del contenido de la medida cautelar adoptada por el árbitro a instancia de parte, cuando la parte que deba sufrir la medida cautelar no ofrezca su cumplimiento voluntario, el árbitro no podrá disponer su ejecución dentro del proceso arbitral, porque no dispone de la *potestas* correspondiente, que sí integra la *iurisdictio* del Poder Judicial, por lo que será necesario acudir al auxilio de éste.

Sobre este punto, y en relación con los contenidos objeto del presente trabajo, cabe plantearse, si la resolución arbitral (laudo de medida cautelar) puede acceder directamente a un Registro público para su inscripción, bastando el laudo protocolizado, sin necesidad de recabar el auxilio de los órganos judiciales, o, por el contrario, es necesario disponer del correspondiente mandamiento judicial obtenido mediante un acto de ejecución procesal⁸.

La decisión que se adopte al respecto exige tomar en consideración determinadas instituciones procesales que deben entrar en juego al tiempo de fundamentar el criterio a seguir. Así, no es controvertida la equiparación, a todos los efectos legales y procesales, entre sentencia y laudo, como ha puesto de relieve una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹. Con ello, se puede colegir que procederá llevar a cabo actos de ejecución forzosa, ya sea de sentencia o laudo, sólo cuando sea necesario el cumplimiento de aquellos pronunciamientos que impongan una condena, ya sea de carácter pecuniario o no pecuniario. Para el caso de pronunciamiento distintos, es decir, resoluciones declarativas o constitutivas, no es necesario implementar ningún acto de ejecución. Así lo recoge el artículo 521.1º LEC, cuando dice que «no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas», añadiendo en su apartado 2º, que, mediante certificación o mandamiento judicial las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución.

8. Al respecto, vid., el interesante comentario a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, de 4 marzo 2022 (La Ley 76643/2022), de ORMAZABAL SANCHEZ, G., *El largo camino hacia la equiparación entre laudos y resoluciones judiciales: la necesidad de acudir al auxilio judicial para inscribir un laudo cautelar decretando la anotación preventiva de demanda*, en *Diariolaley*, de 2 de febrero de 2024.

9. STC 6/2021, de 15 de marzo (La Ley 2652/2021).

La ejecución de un laudo (cautelar, también) necesitará del auxilio de los tribunales en los mismos casos que la precisen las sentencias. Por ello, si no es necesaria la fase de ejecución (según el artículo 521. 1. LEC expresamente antes citado) para dotar de efectividad a una resolución judicial declarativa o constitutiva, tampoco debe serlo cuando la resolución sea un laudo de esa naturaleza.

Pensemos en el supuesto de un laudo cautelar dictado en el curso de un proceso arbitral acordando la anotación preventiva de la demanda arbitral¹⁰. En este caso, si bien es cierto que ese laudo precisa de su necesaria inscripción en el Registro de la propiedad donde conste la finca cuya controversia suscita el arbitraje a los efectos de obtener la publicidad registral, también lo es que no se tratará de llevar a cabo actividad ejecutiva alguna, entendida ésta dentro de las previstas en los artículos 571^a a 698 LEC, y 699 a 720 LEC, que son las que habilitan una actuación coactiva propiamente ejecutiva contra la otra parte.

Cabe plantarse, por lo tanto, si ese laudo cautelar de necesaria inscripción en el Registro de la propiedad puede tener acceso a ese Registro directamente (ya sea a través protocolización de escritura pública o acta notarial), o bien es necesario un mandamiento judicial habilitante expedido por el juzgado de primera instancia correspondiente al lugar donde se haya dictado el laudo.

Por las razones expuestas, no se puede dar carta de naturaleza al acceso al Registro de la Propiedad para la inscripción de un laudo cautelar (y también definitivo) mediante la obtención del correspondiente mandamiento a través del auxilio judicial habilitante. De seguir este criterio, que por desgracia es el mayoritario entre la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y los Registradores, se estaría dando a esa inscripción el carácter de medida ejecutiva (uso de una potestad coactiva), que no puede tener por las motivaciones antes invocadas. Tampoco es admisible que mediante esa petición de mandamiento judicial para la posterior inscripción del laudo se acepte una suerte de homologación judicial de esa resolución arbitral, que el juzgado no dispone, pues no puede controlar la regularidad del laudo.

Para que pueda acceder al Registro de la Propiedad el laudo cautelar bastará de su protocolización ante notario mediante escritura pública, a los efectos de poder autenticar la integridad del laudo y su relación con el firmante de este.

10. A mayor abundamiento, el artículo 522.1º LEC establece que «todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica».

Debiera descartarse, por ende, acudir al auxilio judicial mediante la petición de la expedición del mandamiento correspondiente¹¹.

Por lo demás, no puede olvidarse tampoco que, en sede de medidas cautelares, ya sean judiciales o arbitrales, la demora en su adopción o en su gestión posterior a su adopción, puede tener consecuencias determinantes para la efectividad de la medida adoptada. De ahí que imponer, en sede arbitral, la exigencia de acudir al mandamiento judicial para poder disponer del acceso al Registro público correspondiente será, a buen seguro, contraproducente para el éxito de la medida. El momento a partir del cual la parte solicitante de la medida cautelar podrá ejercitar su pretensión en sede arbitral deberá ser cuando se haya presentado la demanda principal, integrante del contenido que la parte actora o demandante pretende conseguir en ese arbitraje. En el caso de una medida cautelar de anotación de demanda deberá tratarse de una pretensión que pueda producir una alteración en la situación registral.

Es cierto que el arbitraje se tiene por iniciado en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, según recoge el artículo 27 LA; pero, en ese escrito, con frecuencia indiciario de la pretensión que se va a ejercitar, no se detallan todas las circunstancias que con posterioridad justificarán la demanda, y también la medida cautelar. Nada impide, por lo demás, que la parte interesada en obtener esa medida cautelar la solicite mediante escrito independiente, a los efectos de que el árbitro se pronuncie con inmediatez al respecto.

Todo cuanto se deja expuesto también es predicable en el supuesto que la medida cautelar arbitral se adopte *inaudita parte*, por la concurrencia de las circunstancias de extrema urgencia y necesidad que permiten la adopción de esa medida. El Registrador en ningún caso podrá entrar a valorar la concurrencia de las circunstancias indicadas, dado que esa competencia la tiene en exclusiva el árbitro (igual que la tiene el juez si se trata de medida cautelar judicial).

Junto con la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, también cabe plantear la posible adopción en sede arbitral de otras medidas con incidencia registral. Así, la anotación preventiva de embargo cuando se pretenda

11. Ello, no obstante, como se ha dicho en este mismo epígrafe, no es ese el criterio dominante hoy en día a nivel de Tribunales y Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. La sentencia referida en la anterior nota 8 es una muestra al efecto: el Tribunal admite la facultad del árbitro para dictar medidas cautelares, pero circunscrita al ámbito declarativo, por lo que el árbitro deberá acudir al auxilio de los órganos judiciales para ejecutar la medida cautelar, y solicitar el mandamiento judicial. En iguales términos la Resolución de la DGRN de 26 julio 2018 (BOE de 4—8-2018) y la Resolución de la DGRN de 20 febrero 2006 (BOE 23-3-2006).

una condena pecuniaria¹², también cuando se pretenda la suspensión de la eficacia de derechos o situaciones inscritas, y la suspensión de acuerdos sociales impugnados.

5. La inscripción del LAUDO en el registro: regularidad formal y alcance de la calificación registral

En los apartados anteriores hemos intentado reconducir las exigencias que actualmente sufren determinadas resoluciones dictadas en el curso de un proceso arbitral cuando deben acceder a un Registro público para implementar los efectos jurídicos inherentes a su función. Pero, sin duda, el tema de mayor envergadura que debe abordarse al analizar la relación entre Registros públicos y arbitraje es el que hace referencia a los requisitos que hay que exigir en el laudo para que se pueda inscribir en dichos Registros, cuando las materias resueltas por dicho laudo tengan trascendencia jurídico registral. De nada serviría seguir un proceso arbitral cuya controversia acabe afectando a situaciones jurídicas contenidas en un Registro público si el laudo que pone fin a ese proceso, una vez firme, no puede tener acceso al Registro para implementar lo resuelto. Sería tanto como obtener una sentencia de un juez que no dispusiera de los instrumentos legales oportunos para procurar su ejecución y cumplimiento.

Al analizar este apartado se debe poner de manifiesto la necesidad de acometer reformas legislativas que permitan avanzar en el camino de la normalización de las relaciones entre proceso arbitral y Registro público. Sin esas reformas a nivel de legislación arbitral, procesal e hipotecaria se hace difícil conseguir la completa homologación entre sentencia judicial y laudo arbitral que desde aquí se postula.

Toda sentencia o resolución judicial que deba acceder a un Registro público dispone del procedimiento previsto a tal efecto, que dispensa la propia oficina judicial y acata el Registro de que se trate. El artículo 3 de la Ley Hipotecaria¹³

12. Como pone de manifiesto AGUIRRE FERNANDEZ, B. J., «*El arbitraje: su publicidad a través del registro de la propiedad y el registro mercantil*», tesis doctoral inédita, pág. 284 y ss., en el caso de la anotación de embargo preventivo registralmente se plantea un problema de tracto sucesivo; así, en ocasiones puede ser preciso acudir al auxilio judicial cuando se pretenda el embargo de una finca que figure inscrita con carácter ganancial y la decisión arbitral afecte únicamente a uno de los cónyuges, por cuanto el árbitro no tiene competencia para notificar al otro cónyuge el embargo efectuado sobre ese bien ganancial, en el sentido que indican los artículos 541 LEC y 144.1 del Reglamento Hipotecario, pues se afectan intereses de una persona ajena al arbitraje.

13. «*Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. También podrán ser inscritos los títulos expresados en el*

se encarga de regular los documentos que pueden acceder al Registro público. Como se puede comprobar en el precepto mencionado, no consta referencia alguna a resolución arbitral o similar dentro de los títulos susceptibles de inscripción. Por ello, para que pueda acceder una resolución arbitral a un Registro público será necesario re-adaptar esta resolución a las formas previstas para las resoluciones judiciales, ya sea mediante escritura pública, ya sea mediante mandamiento judicial. En todo caso, no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico, en la actualidad, precepto que permita disponer la directa presentación de un laudo a un Registro público, y que éste acoja sus pretensiones en aras a su constancia registral.

Como por todos es sabido, el laudo arbitral que pone fin al proceso de esa naturaleza no constituye, por sí, documento público; ni en su forma, ni en la autoridad del otorgante¹⁴. Sin embargo, una futura reforma legislativa sobre este particular podría tomar en consideración las siguientes notas al efecto de convertir al laudo en un título formal que pudiera acceder al Registro público en igualdad de condiciones que, si de un resolución judicial o administrativa se tratase, a saber¹⁵: en primer lugar, debiera reconocerse expresamente que un laudo arbitral firme, debidamente autenticado por el árbitro mediante firma electrónica reconocida y homologada, constituye un título inscribible en el Registro (con el mismo efecto de los títulos a los que se refiere el artículo 2 LH); en segundo lugar, sería oportuna la creación de una Sección dentro del Registro de la Propiedad o Mercantil donde puedan acceder y registrarse instituciones o tribunales arbitrales, con presentación de sus estatutos, reglamentos de funcionamiento y cargos representativos de las personas vinculantes de los mismos. Dentro de esos cargos representativos, a quien corresponda y ostente su cargo dentro del tribunal arbitral debidamente inscrito, podrá expedir certificados, autenticados mediante firma electrónica, en los que aparezca el contenido y los datos del laudo validado por dicha institución o tribunal arbitral, para su presentación y posterior inscripción en el Registro público de que se tratase.

Junto a la regularidad formal del título, de vital importancia para asegurar el acceso del laudo al Registro público de que se trate, adquiere igual importancia cuál sea el alcance que se atribuya a la calificación que vaya a efectuar el

artículo anterior en virtud de testimonio del auto de homologación de un plan de reestructuración, del que resulte la inscripción a favor del deudor, de los acreedores o de las partes afectadas que lo hayan suscrito o a los que se les hayan extendido sus efectos».

14. Todo documento público dispone de la presunción de autenticidad respecto de su existencia, fecha y contenido. Además, su autor es un funcionario público.

15. AGUIRRE FERNANDEZ, B. J., «El arbitraje: su publicidad a través del registro de la propiedad y el registro mercantil», tesis doctoral inédita, pág. 324 y ss.

Registrador sobre ese laudo arbitral presentado ante el Registro. Tampoco existe una regulación al respecto ni en las normas arbitrales ni en las hipotecarias, si bien es cierto que estamos ante uno de los aspectos más significativos que desempeña la función registral pública en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Así, al calificar el documento presentado ante el Registro, el Registrador reconoce la adecuación al sistema jurídico del acto, negocio jurídico, o disposición que se somete a su consideración, de tal forma que esa presunción de legalidad que se otorga al documento inscrito solo puede variar mediante un pronunciamiento obtenido por sentencia judicial firme en un proceso contradictorio con todas las garantías. Esa calificación afectará tanto a la forma como al fondo del documento¹⁶. Cabe plantearse, pues, cómo debe afrontar el Registrador la calificación de un laudo que se presente a inscripción ante un Registro de la Propiedad o Mercantil.

Este tema no es baladí, y su análisis ha supuesto un claro posicionamiento por parte del Tribunal Constitucional, en aras a despejar las dudas que una determinada jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid había impuesto en contra de la institución del arbitraje como método autónomo de resolución de controversias¹⁷. Desde este posicionamiento, la labor de calificación del laudo que pueda llevar a cabo el Registrador no puede asimilarse a la propia respecto de cualquier otro documento que acceda al Registro, pues, de llevarse a cabo, ello podría suponer someter al laudo a una suerte de segunda instancia revisora de su contenido por parte de quien no ha sido llamado a ejercer dicha función. Además, la letra del artículo 43 LA es clara cuando indica que el laudo produce efecto de cosa juzgada y frente a él solo cabe ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes, sin que se incluya otra mención al respecto.

16. Señalan los artículos 99 y 100 del Reglamento de la Ley Hipotecaria: «Artículo 99: La calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro. Artículo 100: La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato

con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro».

17. STC 50/2022, de 4 abril: «...por tanto la decisión del órgano judicial de anular el laudo arbitral de la Corte Civil y Mercantil de Madrid de 4 abril de 2018 fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), en cuanto desconoce que la anulación sólo puede referirse a errores *in procedendo*, y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales solo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. Lo contrario desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso».

Una vez más, la solución pasaría por asimilar esa equiparación entre sentencia judicial y laudo, también en este punto relativo a la calificación que pueda llevar a cabo el Registrador del laudo presentado al Registro, permitiéndose someter a su control aspectos como los requisitos formales del laudo (lugar, fecha, firma del árbitro, notificación del laudo a las partes y constancia del carácter de documento auténtico del laudo para su inscripción). No así, aspectos de fondo del laudo, cuyo cuestionamiento prevé expresamente la legislación arbitral mediante la anulación del laudo, entre otros, la existencia y validez del convenio arbitral, o la normativa aplicada por el árbitro para la resolución de la controversia. Aunque el Registrador tenga un criterio jurídico dispar al plasmado por el árbitro en el laudo, aquel no podrá justificar esa discrepancia como motivo para no inscribir el laudo.

6. Laudo firme, acción de nulidad e inscripción en el registro público

Con carácter general, el acceso a un Registro público de un pronunciamiento judicial exige que éste sea firme. El concepto de firmeza de una resolución se relaciona con su invariabilidad o in-modificabilidad, de tal forma que se exige que aquel contenido jurídico que se solicita que conste en un Registro público no quede sometido a una posterior modificación o variación por obra de la estimación de un recurso ordinario (apelación) o extraordinario (casación). Con esta prevención bastaría para dar cuenta a la seguridad jurídica exigible a esta institución. La existencia de acciones impugnativas autónomas, que no recursos, que afectan a una resolución que ya produce el efecto de cosa juzgada, escapa a esa exigencia antes aludida, tanto por el carácter verdaderamente excepcional de la medida, como por su imprevisibilidad.

También el laudo que se pretende inscribir en un Registro público debe ser firme, aunque en este caso, la firmeza del laudo resulta ínsita de su existencia; es decir, todo laudo notificado a las partes por el árbitro, o por la institución arbitral de que se trate, nace con la nota de firmeza porque la legislación vigente no permite la presentación de recurso alguno contra él¹⁸. Únicamente cabría acudir a la vía de la acción de revisión civil (artículo 43 LA) regulado en la LEC (artículos 509 y ss.), o a la vía de la acción de anulación del laudo (artículo 40 LA).

18. Cuestión distinta es la que aparece en algunos tribunales arbitrales, que admiten en sus Reglamentos de funcionamiento, aunque con carácter opcional, la posibilidad de presentar recurso contra el laudo ante otro tribunal arbitral, como si se tratase de una segunda instancia, salvando las diferencias. Así aparece en los Reglamentos de la Corte Española de Arbitraje, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje —CIMA—, y el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid —CIAM—.

La revisión civil es un supuesto excepcional, cuya concurrencia exige motivos tasados, que, a su vez, son interpretados de forma restrictiva. Prima, no en vano, la seguridad jurídica. Por ello, la posibilidad de acudir a esta vía excepcional (limitada a un plazo temporal de cinco años desde la notificación del laudo) no afecta al concepto de firmeza del laudo, que, bien podría presentarse ante el Registro público para su inscripción.

Cuestión diferente aparece respecto del posible ejercicio de la acción de anulación del laudo, en lo que pueda afectar a su firmeza¹⁹. En este sentido, hasta que no hubiera transcurrido el plazo para la presentación de la demanda de anulación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, no podría considerarse que el laudo hubiera adquirido el carácter de completa firmeza, y, por ende, no podría presentarse ante el Registro público correspondiente para su constancia registral. Esta interpretación es contraria a los postulados de independencia y autonomía que se predicán de la institución arbitral, por cuanto supone supeditar la firmeza de la resolución a un procedimiento ajeno al arbitraje; no puede obviarse que la anulación del laudo es un acto absolutamente jurisdiccional, regulado directamente en la Ley procesal civil, mientras que la firmeza del laudo está regulada en la legislación arbitral de forma directa. Siendo coherentes con el espíritu del arbitraje, y no siendo de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Ley de Arbitraje, la firmeza del laudo se adquiere desde su notificación a las partes, y, en los casos en que proceda, ese laudo debe poder presentarse ante el Registro público para su constancia registral sin esperar al transcurso del plazo de dos meses que regula la LA en su artículo 41.4.

7. Hacia una necesaria reforma legal integradora del arbitraje y los registros públicos

De cuanto se ha dejado expuesto, puede constatarse que la evolución de nuevas propuestas de solución de determinadas controversias jurídicas pasa por adecuar determinados sectores del Ordenamiento Jurídico, a fin de permitir su

19. La acción de anulación del laudo es aquella en la que las partes del procedimiento arbitral acuden al Poder Judicial, orden jurisdiccional civil, con la pretensión de que el tribunal civil declare la nulidad del laudo por concurrir alguno de los motivos que prevé expresamente la Ley Arbitral. Dichos motivos pretenden asegurar el cumplimiento de las garantías procesales en el curso del arbitraje, y que no se haya producido vulneración de los principios de igualdad, defensa y contradicción. No se trata de un recurso propiamente dicho, por lo que no podemos hablar de una segunda instancia; no cabe volver sobre los hechos, ni tampoco sobre la norma jurídica aplicada por el tribunal arbitral para resolver el caso, por cuanto el resultado de esa acción será o la anulación del laudo o la desestimación de la pretendida nulidad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha delimitado la actuación de los Tribunales Superiores de Justicia al conocer de la anulación de un laudo, principalmente en su SSTC 46/2020 y 17/2021, no permitiendo la revisión del laudo si la causa es una supuesta errónea aplicación del ordenamiento jurídico.

compatibilidad. No puede ignorarse las ventajas que ofrece el arbitraje privado ante determinados conflictos civiles o mercantiles, cuya solución mediante el proceso judicial correspondiente comporta lentitud y, con frecuencia, inacción. Esa adecuación exige cambios legislativos que posibiliten una mayor implementación entre el arbitraje civil y los Registros públicos, a los que el laudo que ponga fin a la controversia arbitral deba poder acceder en igualdad de condiciones como si de una sentencia judicial se tratase.

Esos cambios legislativos son necesarios e imprescindibles para dotar de seguridad jurídica a los distintos operadores encargados de dar solución a las controversias privadas surgidas entre las partes. Así, aspectos tales como la inscripción del convenio arbitral en el Registro mercantil o de la propiedad donde pueda surtir efecto la disputa previsible, las medidas cautelares adoptadas en sede de proceso arbitral con incidencia registral, el título exigible para la inscripción del laudo firme en el Registro correspondiente o la delimitación de la calificación registral ante el laudo que se pretenda inscribir, son materias que demandan una nueva regulación acorde con los postulados tendentes a consolidar la necesaria evolución que una sociedad moderna demanda. De lo contrario, se corre el riesgo de cercenar el avance que ofrecen soluciones innovadoras como el arbitraje, una vez constatada su necesidad para dotar de alternativas eficaces a las fórmulas tradicionales de solución de los conflictos jurídicos.

8. Bibliografía

- AGUIRRE FERNANDEZ, B. J., *«El arbitraje: su publicidad a través del registro de la propiedad y el registro mercantil»*, tesis doctoral inédita, Universidad de Córdoba (España), 2021.
- BARONA VILAR, S., (Coord.) *«Comentarios a la Ley de Arbitraje»*, Ed. Civitas, 2ª edición, 2011.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., *La judicialización del arbitraje*, en *Diariolaley*, de 28 septiembre 2022.
- MONTERO AROCA, J., *«Derecho Jurisdiccional I. Parte General.»*, Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, 2010.
- ORMAZABAL SANCHEZ, G., *El largo camino hacia la equiparación entre laudos y resoluciones judiciales: la necesidad de acudir al auxilio judicial para inscribir un laudo cautelar decretando la anotación preventiva de demanda*, en *Diariolaley*, de 2 de febrero de 2024.
- VERDERA SERVER, R., *«Comentarios a la Ley de Arbitraje»*, Ed. Civitas, 2ª edición, 2011.

XXIV | La odisea del recurso de casación civil en el ordenamiento jurídico español

*Nancy Carina Vernengo Pellejero*¹
Profesora Lectora de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: HE AQUÍ LA CASACIÓN CIVIL ESPAÑOLA. 1.1. CIRCUNNAVEGACIÓN HISTÓRICA POR LA CASACIÓN CIVIL. 1.2. OTEANDO EL HORIZONTE CONSTITUCIONAL DE LA CASACIÓN CIVIL ESPAÑOLA. 1.3. *DRAMATIS PERSONAE* EN LA ESCENA CASACIONAL. 2. INJERENCIA DE LA LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE, EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL: CLAROSCUROS DE LA CASACIÓN CIVIL ESPAÑOLA. 2.1. PANORAMA ACTUAL DE LA CASACIÓN. 2.2. OTROS ÁMBITOS DE AFECTACIÓN DE LA REFORMA CASACIONAL. 2.2.1. Casación y caducidad en la instancia. 2.2.2. Costas procesales y casación. 2.2.3. Del derecho a recurrir en casos especiales. 2.2.4. Casación y desistimiento. 3. CONCLUSIONES AL FINAL DE LA TRAVESÍA. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción: he aquí la casación civil española

Cuan Ulises (u Odiseo para los más acérrimos amantes de la literatura clásica) anhelando volver a su añorada Ítaca, en un tortuoso periplo que parece no tener fin, nuestra legislación procesal civil se ha enfrentado, en las últimas décadas, a una plétora de reformas en su camino (algunas de ellas de dudoso objetivo y aplicación práctica, redactadas casi a vuelapluma), que solo han servido para evidenciar las carencias constantes de un sistema procesal tan escaso de medios, como de simplificación en su tramitación. El procedimiento regulatorio del recurso de casación civil no ha escapado a esta vorágine reformatoria, pero sin demasiado éxito en su consecución práctica. Ante tal panorama, no podemos más que interpretar que nuestro legislador procesal parece haber pasado por alto la relevancia garantista que reviste a este recurso, cuyo carácter extraordinario no sólo se ve reflejado en su naturaleza jurídica, sino también en su propia lectura constitucional. La casación supone, en sí misma,

1. Sirvan estas breves palabras para agradecer profundamente al Prof. Dr. Manuel Cachón Cadenas su extraordinaria dedicación al estudio del Derecho Procesal. Sin duda ha iluminado el camino de todos los que amamos esta disciplina, y que anhelamos ser dignos de ella.

una garantía procesal más dentro del proceso judicial (*ídem* respecto al reconocimiento del derecho a la segunda instancia jurisdiccional, tan discutida como obviada en otros órdenes jurisdiccionales); y sin duda es menester tenerlo presente al hablar del derecho a un proceso con todas las garantías. Conscientes de la importancia que este medio extraordinario de impugnación representa para nuestro ordenamiento jurídico, este estudio pretende aproximarnos al análisis de sus principales reformas, con especial hincapié en la reciente actualización por la Ley 6/2023.

Muchos *mares* se han navegado desde la génesis de la casación; y la justicia se ha convertido en una peligrosa *cueva de Polifemo* de difícil salida. Los constantes guiños del legislador a las nuevas tecnologías, unido a las dificultades de tratar de modernizar una Administración de Justicia carente de medios, pero sobrada de trámites burocráticos, han marcado buena parte de las recientes actualizaciones de nuestra legislación procesal. Si bien, antes de analizar los cambios normativos más recientes, conviene realizar una breve, aunque necesaria, retrospectiva de su evolución legal.

1.1. Circunnavegación histórica por la casación civil

El periplo del recurso de casación civil en nuestro ordenamiento jurídico ha sido, cuanto menos, complejo en lo que a su andadura histórica se refiere. El puerto de origen de esta particular odisea de nuestra casación nos obliga a *remontar la corriente* más allá de las versiones decimonónicas de la legislación procesal civil; momento en el cual tuvo un rol más destacado entre los medios extraordinarios de impugnación. Sin embargo, la corriente nos deriva a un momento anterior, si bien no siendo propiamente el recurso que hoy conocemos.

Si nos aproximamos al Derecho Romano clásico, observamos una ausencia manifiesta de cualquier atisbo de procedimiento semejante al de casación como tal; sin perjuicio de contemplarse, con ciertos matices, una suerte de procedimiento de impugnación con cierto trasfondo extraordinario. En ocasiones, no obstante, se ha atribuido a la casación civil española, cierta inspiración de la *supplicatio* del Derecho Romano²; pero sin mayor trascendencia práctica.

Más allá de estos antecedentes remotos, sin aparente equivalencia con la casación actual, el verdadero *Paladio* de la casación vino de la mano de la Revolu-

2. Incluso de la *querella nullitatis* del Derecho Común; tal y como nos sugiere DELGADO CASTRO, J. «La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina», Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n°XXXIII, 2009, p. 347.

ción Francesa (1789), cuya *cassation* (la creación de la cual obedecía, en gran medida, a un intento por evitar los abusos y la inseguridad jurídica que se asociaba a los jueces durante el Antiguo Régimen), sirvió de inspiración a otros sistemas judiciales de países de su entorno más inmediato³. Amén de nuestra Constitución de Cádiz de 1812⁴, en la cual se atisbaba, propiamente, una verdadera noción del recurso de casación civil, y cuya competencia correspondía al Supremo Tribunal de Justicia⁵; órgano judicial fundamental *in itinere*, por la travesía de su recorrido histórico: «*Habrà en la corte un Tribunal, que se llamarà Supremo Tribunal de Justicia*» (art. 250); «*Toca a este Supremo Tribunal conocer de los recursos de nulidad, que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el art. 254. Por lo relativo a ultramar, de este recurso se conocerà en las audiencias, en la forma que se dirà en su lugar*» (art. 261.9º).

La regulación de la casación advierte una aparente inspiración del sistema judicial francés, sin ser una cuarta instancia, y con plena conciencia de que nuestro modelo casacional y el francés no siguen el mismo patrón. A sabiendas de ello, nuestro legislador decidió seguir otro *camino* con semejante ahínco y dedicación al que dedicó Ulises ante las *pruebas y desafíos* que enfrentó. En este caso, sin reproducir el modelo de Tribunal de casación francés, pero perfeccionando finalmente un órgano jurisdiccional que giraba en torno a la reposición de la causa a la instancia que hubiese dictado la resolución recurrida (art. 261); y entre sus competencias:

- 1º) Resolver las cuestiones de competencia que se planteaban entre las Audiencias, en todo el territorio español, y las cuestiones planteadas entre las Audiencias y los tribunales especiales de la Península e islas adyacen-

3. Como tan acertadamente nos recordaba CALAMANDREI, P. *Casación civil*, edit. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 33: «*Del Derecho francés el sistema de la casación ha penetrado ampliamente en las legislaciones europeas. No cabe, dada la índole de esta exposición, entrar en detalles. Nos limitaremos a hacer observar que, para seguir la difusión de la casación en el mundo, pueden dividirse las legislaciones civiles en tres grupos: uno, el de las legislaciones, europeas y extraeuropeas, a las cuales el sistema ha continuado siendo completamente extraño (Inglaterra, Dinamarca, ...); otro grupo, acaso el más numeroso, en el cual la casación ha sido acogida fielmente en su forma francesa (Bélgica, Holanda, España, ...), y finalmente, un tercer grupo de legislaciones, que para la dogmática del instituto es tal vez el más interesante, en los cuales, si no se han adoptado el nombre y las formas del recurso de casación concebido como querrela de nulidad, se ha adoptado, sin embargo, un sistema que tiende, con formas procesales más modernas, a los mismos fines de unificación de la jurisprudencia, y para los cuales la casación es hoy en día viva y vital*».

4. Vid. CACHÓN CADENAS, m. *Introducción al enjuiciamiento civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2021, pp. 397-402.

5. O, en palabras de SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. «Justicia independiente, justicia responsable. Los orígenes del Tribunal Supremo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº17, 2022, p. 8: «*En la mente de muchos de los diputados se hallaba la idea de que el nuevo Tribunal debía ejercer un eficaz mecanismo de control sobre la actividad profesional de los jueces y de los tribunales colegiados*».

tes; mientras que, en los territorios de ultramar, se dirimirán estas cuestiones de acuerdo con lo determinado en las leyes aplicables.

- 2º) Juzgar a los Secretarios de Estado y de Despacho, cuando las Cortes hubiesen decretado la formalización de una causa contra ellos.
- 3º) El conocimiento de todas las causas de separación y suspensión de los Consejeros de Estado y de los Magistrados de las distintas Audiencias.
- 4º) El conocimiento de las causas criminales contra los Secretarios de Estado y del Despacho, contra los Consejeros de Estado, y contra los Magistrados de las Audiencias; cuya instrucción correspondía al jefe político más autorizado, quién debía remitirlo directamente a ese Tribunal.
- 5º) Debía conocer también de todas las causas criminales contra los Magistrados de este *Supremo Tribunal* y, de tener que reclamarse responsabilidad por los actos propios, las Cortes debían nombrar un Tribunal ad hoc, formado por nueve jueces, de conformidad con los postulados del art. 228 de la Constitución de 1812.
- 6º) Conocer de la residencia de los empleados públicos, que estén sujetos a ella por disposición de la ley.
- 7º) El conocimiento de todos los contenciosos correspondientes al denominado Real Patronato.
- 8º) Le correspondía, asimismo, el conocimiento de los recursos de fuerza correspondientes a todos los tribunales eclesiásticos superiores de la Corte.
- 9º) Ostentaba también plena competencia para conocer de los recursos de nulidad contra las sentencias dictadas en última instancia, en aras a su rectificación y la depuración de responsabilidad del art. 254 de la Constitución de 1812.
- 10º) Atender las dudas de los demás Tribunales sobre el contenido de alguna ley (lo que el legislador de 1812 definió como «la inteligencia de alguna ley»), y trasladar las debidas consultas al Rey, de forma fundada, para que, si procedía, diera el debido traslado de la cuestión a las Cortes. Sin duda nos encontramos ante un antecedente de nuestra vigente cuestión de constitucionalidad, en el bien entendido que, planteada la duda sobre el contenido de alguna ley en concreto y su encaje constitucional, se trasladaría a las Cortes el debate, para que declarara o no su debido ajuste a la legalidad.
- 11º) Realizar el examen de los asuntos civiles y penales que debían remitírsele desde las Audiencias, con la finalidad de promover su pronta tramitación, pasando copia de éstas al Gobierno, y promoviendo su debida publicación a través de imprenta.

Destaca también que este antecedente del recurso de casación, atribuido al Supremo Tribunal de Justicia, se traducía en un recurso de nulidad contra las sentencias dictadas en última instancia, con efecto devolutivo; y que, además de anular la sentencia dictada en la instancia, servía para depurar responsabi-

lidades respecto a los jueces que dictaron esa sentencia en el tribunal *ad hoc*, por la inobservancia de la legislación civil o penal en el momento de dictar su resolución (art. 254).

Consumada la derogación de la Constitución de 1812 por el Decreto de 4 de mayo de 1814, el Supremo Tribunal de Justicia y su correspondiente recurso de nulidad volvieron a instaurarse durante el Trienio Liberal (1820-1823). Tras estas idas y venidas por *Rocas Errantes* en aparente deriva, fue el Decreto de 24 de enero de 1834 el que instauró definitivamente el denominado Tribunal Supremo de España y las Indias, cuyas funciones pasaron a ser meramente jurisdiccionales y de control de la actividad procesal de las resoluciones de los tribunales de instancia; tal y como se reprodujo también en los posteriores Reglamentos de 17 de octubre y de 26 de septiembre de 1835. En lo relativo al recurso de casación y su definición más cercana a nuestra institución actual, la travesía nos ha llevado a la deriva del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838; en cuya virtud se derogaron el recurso de segunda suplicación y el de injusticia notoria, pasando a recoger un único recurso de nulidad, cuya competencia exclusiva correspondía al Tribunal Supremo (tanto para el conocimiento de errores *in procedendo*, como para errores *in iudicando*). Mas la denominación «recurso de casación» se demoró hasta el Real Decreto de 22 de junio de 1852, que lo reservaba propiamente a los asuntos relativos a la defraudación de la Hacienda Pública y el contrabando⁶.

Por su parte, y en lo relativo a la legislación procesal, el art. 1.010 de la LEC de 1855, disponía que: «*El recurso de casación se da contra todas las sentencias de los Tribunales Superiores que recaigan sobre definitiva, si concurren las causas que se expresan en los arts. 1.012, 1.013 y siguientes*»; el cual, a su vez disponía que: «*El recurso de casación puede fundarse en que la sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales*» (art. 1.012). Esta regulación preveía tanto la posibilidad de recurrir en casación por errores *in procedendo* (basándose en nueve motivos tasados), como por errores *in iudicando*, al dictarse la sentencia contra ley o contra la doctrina admitida por los tribunales de justicia. Por su parte, la LEC de 1881, en la que se distinguió el recurso de casación por infracción de la ley y por quebrantamiento de forma, añadió un motivo adicional de casación, fundado en el error de hecho en la apreciación de la prueba. De este modo el recurso de casación recogido en la LEC de 1881 se configuró como un medio extraordinario de impugnación, cuyo *fundamentum* giraba en torno a la infracción de la ley o el quebrantamiento de forma.

6. Conviene matizar, al respecto, que la regulación específica sobre la casación llegó con la Real Cédula de 30 de enero de 1855 de la Administración de Justicia en Ultramar.

Nuestra nave nos arrastra, irremediablemente, hasta *las orillas* de la actual LEC 1/2000, que debía ser reflejo de un nuevo periodo de modernización y agilización en el sistema procesal civil español; nada más lejos de la realidad. Su primitiva redacción original no parecía augurar un viaje tranquilo, dado que, de entrada, dio pie a sucesivas reformas en los primeros años de su vigencia, de los cuales tampoco se libró la casación civil. Si bien la reforma operada sobre la LEC en 2002 vino justificada por la entrada del euro como divisa de curso legal en toda la UE, lo que obligó a una necesaria conversión en la cuantía mínima para recurrir en casación (de 25 millones de pesetas, a 150.000 euros, tal y como se preveía en el art. 477 LEC); otras reformas fueron más allá, buscando, entre otras «bondades», evitar un uso espurio de este recurso, o agilizar y simplificar su tramitación. Así aconteció, por ejemplo, en la reforma instaurada en el año 2011 con la supresión del trámite de preparación del recurso, contemplado en el art. 479 LEC, pasando directamente a la interposición. Sin embargo, la más reciente de las reformas —la aplicada por la Ley 6/2023— ha reformulado este trámite, exigiendo la denuncia previa de la infracción procesal en la instancia anterior o su intento de subsanación, cuando el recurso se fundamente en la infracción de normas procesales.

Conviene detener aquí la marcha, expuestos estos exigüos antecedentes, para dejar paso a un análisis más técnico y centrado en el trasfondo constitucional y garantista de la casación, como *ultima ratio* de nuestro sistema de recursos.

1.2. Oteando el horizonte constitucional de la casación civil española

Como viene acaeciendo con cualquier otro medio de impugnación que se tercie, hablar del recurso de casación civil nos lleva hasta la inevitable injerencia de la falibilidad humana del juzgador; y a la necesidad de contar con un medio extraordinario de impugnación frente a todas aquellas resoluciones definitivas de los tribunales de instancia, cuyo conocimiento queda reservado a las instancias superiores de nuestro ordenamiento procesal (es decir, y por una parte, el Tribunal Supremo, en todos aquellos asuntos donde sea de aplicación las normas sustantivas de Derecho común; y el Tribunal Superior de Justicia, en aquellos asuntos en los que sea de aplicación el Derecho Foral). La naturaleza extraordinaria de la casación viene asociada a su definición como «acción de impugnación»⁷, por cuanto mecanismo dirigido a rescindir todo negocio jurídico anulable, a partir del *iudicium rescindens*.

7. Así lo destacaban, entre otros, CALAMANDREI, P. *Casación civil*, ob. cit., 2021, pp. 37 y ss.

Los trazos definitorios de la casación nos hablan de un recurso jurisdiccional, en cuya virtud la resolución dependerá de criterios meramente jurídicos. Su carácter extraordinario nos sugiere, además, que la casación solamente puede aplicarse contra ciertas resoluciones, y ante los motivos expresamente dispuestos en la ley (que en el caso de la casación civil actual se ha visto reducido a un único motivo). Asimismo, conviene hacer hincapié en el hecho de que no nos hallamos ante una tercera instancia jurisdiccional; en el bien entendido que el tribunal no volverá a realizar el enjuiciamiento fáctico que sustituya la sentencia dictada en apelación.

Muy acertadamente nos recordaba **Vázquez Sotelo** la distinción entre «la casación como medio de reposición del proceso» y «la casación como reforma del fallo impugnado»⁸; en referencia a la normativa procesal francesa (*voies de rétraction* y *voies de réformation*). De este modo, las primeras (*voies de rétractation*), entendidas como vías de reposición procesal, se refieren a aquellos medios de impugnación en los cuales el nuevo juicio que se celebre será competencia del mismo juez o tribunal que dictó la resolución objeto de impugnación. Mientras que las «*voies de réformation*» elevan los asuntos a un tribunal superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida. Si bien esta distinción no encajó en la casación francesa (donde no cabe considerar ni el carácter de retractación, ni tampoco el reformista del recurso de casación), sí encajó en otras, como la española.

Realizando una aproximación a la perspectiva constitucional que encierra la casación, observamos como ésta sirve al propósito de unificar doctrina jurisprudencial; tratando de evitar así la concurrencia de posibles interpretaciones contradictorias de la ley, y salvaguardando, a su vez el *ius litigatoris*. Ello nos lleva, por extensión, a la función nomofiláctica de la casación, como protectora de la normativa y su correcta aplicación en nuestro sistema procesal⁹. Lo que, en palabras de **Escalada López**, supone que: «Si bien inicialmente la casación respondía a la protección del *ius constitutionis* mediante la función nomofiláctica, su evolución ulterior llevó también a incluir en su ámbito la tutela del *ius litigatoris*, imponiéndose, asimismo, la misión de lograr la uniforme aplicación de la ley, de forma que resultara protegida la igualdad en la aplicación de esta»¹⁰. La doctrina casacional ha servido de *balsa salvavidas* a nuestro

8. VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *La casación civil: Revisión crítica*, edit. Ediser, Madrid, 1979, pp. 41-45.

9. GUASCH FERNÁNDEZ, S. *El hecho y el derecho en la casación civil*, edit. J.M.Bosch, Barcelona, 1998, p. 158: «El juicio casacional cumple una especie de función educadora o pedagógica puesto que genera expectativas sobre la base de decisiones tomadas en el pasado, pero también en cuanto éstas se combinarán con otras futuras».

10. ESCALADA LÓPEZ, M.L. «El recurso de casación civil y su intelección como instrumento realizador de la igualdad en la aplicación de la ley», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº3-4, 2022, p. 234.

ordenamiento jurídico, ejerciendo la tarea para compensar, en cierto modo, las carencias que evidencia nuestra ley escrita; y rellenando las lagunas que la interpretación y aplicación de la ley nos deja.

Debemos tener presente que, con independencia de que el derecho a la segunda instancia jurisdiccional ya queda garantizado con el recurso de apelación, no es menos cierto que la casación también sirve como última barrera antes de la firmeza de la sentencia, garantizándose así la revisión de la sentencia del tribunal *ad hoc* ante un órgano superior jerárquico (el TS o el TSJ); y paralizando la ejecución de la sentencia, hasta la resolución del recurso definitivo (efecto suspensivo). Tales manifestaciones nos hablan de la debida salvaguarda del derecho a un proceso con todas las garantías procesales, en el cual esté plenamente garantizado el derecho de defensa, en sentido amplio. Pero también el derecho a recurrir en una instancia superior, en igualdad de condiciones. Los ecos de la reciente reforma, además, han traído consigo la buena nueva de suprimir *la summa gravaminis* de 600.000 euros, para recurrir; lo que sin duda derivaba en un injusto procesal y en un ataque a la igualdad de armas procesales de los ciudadanos, que debían condicionar su intervención en la cuantía de la reclamación objeto de la litis. En todo caso, queda mucho por hacer aún hasta alcanzar plenas garantías procesales, acorde con el debido proceso de ley.

1.3. *Dramatis personae* en la escena casacional

El escenario que se presenta en sede de casación (naturaleza aparte), nos obliga a entrar puntualmente en la cuestión relativa a los sujetos intervinientes en el proceso, y el rol que ejercen en él. De este modo, y aproximándonos a la cuestión competencial, la actual redacción del art. 478.1 LEC, mantiene la necesaria distribución de competencias entre la Sala Primera del Tribunal Supremo, y la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas; lógicamente, atendiendo al derecho aplicado en la cuestión debatida en la *litis* (relativa al Derecho común, o al Derecho foral). No conviene obviar, sin embargo, que, si la recurrente opta por presentar simultáneamente el mismo recurso ante ambos órganos jurisdiccionales, se dictará providencia en la que se tendrá por no presentado el dirigido al TS, evitándose así la duplicidad de sentencias (art. 478.2 LEC). Cabe añadir al respecto que, en todo caso, cuando la cuestión verse sobre un asunto que sea competencia del TSJ, lógicamente el TS debería abstenerse, *per se*, de conocer del recurso, sin necesidad de mayor ahondamiento en la cuestión.

Destacable nos resulta, por otro lado, el hecho de que el legislador haya incorporado un pequeño, pero nada desdeñable matiz, en este primer apartado,

por mor del cual se remarca que la Sala Primera del TS será competente para el conocimiento del recurso de casación, sin mayor detalle; a diferencia de la anterior versión de este apartado 1º del art. 478 LEC, en la cual se señalaba expresamente la competencia únicamente «en materia civil». Con ello cabe interpretar que el legislador ha pretendido «corregir» un error de redacción, destacando el hecho de que esta Sala del TS no solamente será competente para conocer de los recursos que se promuevan en materia civil, sino que también han de incluirse, necesariamente, los del orden mercantil.

En otro orden de las cosas, y en lo referente a las partes procesales, poco o nada cabe destacar a nivel de la reciente reforma procesal. Así, la legitimación para recurrir corresponderá a todo aquel que sea parte en el proceso, y que se considere perjudicado por la resolución dictada en segunda instancia; es decir, se mantiene el concepto de «gravamen», y la divergencia manifiesta entre lo solicitado por esta parte y lo contenido en la resolución definitiva de ese tribunal *ad hoc*, sin mayor especificación.

2. Injerencia de la ley 6/2023, de 19 de diciembre, en el procedimiento civil: claroscuros de la casación civil española

Constante ha sido la tarea desarrollada por el legislador procesal en lo que respecta a la actualización de la ley para adaptarla a la realidad imperante en nuestros tribunales de justicia. Si bien una parte importante de las modificaciones aplicadas en la legislación procesal han ido dirigidas a la implementación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia; las aplicadas sobre el recurso de casación se han orientado, fundamentalmente, a la simplificación y agilización procesales, añadiendo ciertos «filtros» en la interposición y posterior tramitación judicial del recurso.

Parte de la discusión que ha venido suscitando el recurso de casación en la última década venía provocada por el hecho de que nuestro ordenamiento procesal había escindido en dos la posibilidad de recurrir en última instancia, partiendo de una distinción entre recursos por motivos de fondo, y por motivos de forma. He aquí la base sobre la que se había venido asentando, por una parte, el recurso de casación en sí considerado; y el recurso extraordinario por infracción procesal, de la otra. Esta distinción, tan polémica en su haber, como carente de toda lógica en nuestra humilde opinión, estaba irremediablemente abocada a un cambio, el cual se ha producido con la entrada en vigor de la Ley 6/2023. En definitiva, la reforma operada concentra en el recurso de casación la impugnación por vulneración de normas sustantivas, y también las procesales. Del mismo modo, la reforma también ha traído consigo la supresión del recurso de casación en interés de ley, de dudosa aplicación práctica.

Resulta cuanto menos ambiguo, en todo caso, que la reciente reforma operada sobre la cuestión casacional haya omitido, aparentemente, el binomio que constituían el recurso de casación, y el recurso extraordinario por infracción procesal; pero hayan mantenido este último en la redacción del art. 488 LEC. Sin embargo, este aspecto parece deberse, en esencia, a un olvido del legislador (o, mejor dicho, a un error en la forma en la que se ha abordado la reforma parcial del articulado). Siendo así, la regulación propia del recurso extraordinario por infracción procesal puede considerarse absolutamente derogada. En todo caso, y dejando a un lado esta cuestión específica, los siguientes apartados se dedicarán a analizar los principales cambios operados sobre el recurso de casación y su tramitación procesal, en toda su extensión.

2.1. Panorama actual de la casación

Considerando los cambios implementados, el modelo de casación actual se nos muestra, irremediabilmente, más simplificado en su haber que el anterior sistema dual de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. En resumidas cuentas, la intención del legislador ha sido, por encima de todo, la de tratar de agilizar el procedimiento del recurso de casación; y, por extensión, intentar descargar de asuntos la Sala Primera del TS. Se nos antoja significativo, en todo caso, que la mayor parte de las reformas operadas en la legislación procesal desde hace más de una década, hayan ido dirigidas a este objetivo como uno de los primordiales¹¹; dice mucho, a nuestro entender, de las constantes carencias del sistema procesal actual, en el cual, y a pesar de las múltiples reformas operadas, sigue operando una copiosa y constante saturación de asuntos judiciales.

Las nuevas tecnologías implementadas a la Administración de Justicia, y que han venido contempladas en sendas reformas de la ley deberían representar, *grosso modo*, un cambio de paradigma en esta situación, al agilizar y automatizar procedimientos. Sin embargo, su injerencia en procesos como la casación civil se reducen, en cierto modo, a la automatización ciertos trámites (como la distribución de los asuntos en las Salas de justicia). Aparte de esta cuestión, las demás novedades introducidas en sede de casación por la Ley 6/2023, conti-

11. Ya en 2011 se vinieron planteando varias reformas sobre nuestra legislación procesal que afectaban la cuestión relativa al acceso a los recursos, con idéntica función simplificadora del procedimiento. Ello no ha impedido, en realidad, la consecución de una reforma tras otra sobre la misma ley, y con el mismo objetivo. Sobre este particular, ver, entre otros: VERNENGO PELLEJERO, N.C. «Algunas reflexiones acerca del tratamiento del derecho a los recursos en el proyecto de ley de medidas de agilización procesal», en: *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A. Neira Pena; A.J. Pérez Cruz Martín; X. Ferreiro Baamonde (Dirs.), edit. Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, pp. 708-712.

núan persiguiendo la difícil quimera de tratar de descargar de asuntos los tribunales de justicia (en este caso, los TSJ y el TS).

El interés casacional centra el núcleo de los recursos de casación en el texto vigente; lo que no deja de ser, en cierto modo, preocupante, ya que aunar en un mismo recurso las infracciones de leyes sustantivas y las procesales, no acaba de ser del todo coherente con la alegación de interés casacional; principalmente en lo relativo a las procesales (vg. La alegación de una errónea valoración de la prueba). La casuística se encargará de dilucidar si esta nueva fórmula casacional arribará a *buen puerto*. Por otro lado, y al basar el motivo de casación en el interés casacional (que con esta reforma se ha visto ampliado), se suprime la cuantía mínima (o *summa gravaminis*) que se había fijado en 600.000 euros. Pero cabe preguntarse entonces, ¿qué presenta interés casacional de acuerdo con esta nueva previsión? En particular, cabe considerarlo:

1. Cuando la sentencia objeto del recurso aplica normativa sobre la cual no existe aún doctrina jurisprudencial del TS, e independientemente de que se trate de una norma con una vigencia superior a los cinco años.
2. Ante la concurrencia de un interés casacional notorio o de interés general para la interpretación de la ley. Entiéndase con ello que nos hallamos ante un caso de innegable trascendencia social y jurídica.

En lo que respecta a su trámite de admisión destacamos, de forma manifiesta, las exigencias formales incorporadas al texto de la ley, y que se traducen en una reducción en su redacción; así como en la necesidad de incorporar la estricta exigencia de limitar la extensión del escrito del recurso, adquiriendo así la condición para promover su inadmisión. Ello limita notoriamente la capacidad de maniobra de los letrados que han de preparar el recurso, dado que han de escoger con gran acierto sus argumentos, si no quieren ver perdida toda opción de recurrir la decisión. De hecho, el contenido del art. 481 LEC, manifiesta, de forma expresa y taxativa, la necesidad de formulación correcta de los argumentos esgrimidos en el escrito de interposición del recurso. En resumidas cuentas, debe identificarse el cauce de acceso a la casación; el interés casacional, la modalidad invocada y su debida justificación jurídica, con precisa claridad; ídem respecto a la norma procesal o sustantiva infringida, con referencia a la correspondiente doctrina jurisprudencial aplicable al caso (art. 481.1 LEC). Teniendo en cuenta que el recurso de casación se fundamenta en la concurrencia de una serie de motivos tasados, cabe tener presente la prohibición de no acumular infracciones diferentes en un mismo motivo (art. 481.2 LEC); unas infracciones que, siendo invocadas por la recurrente, han de ser relevantes para el fallo; y, asimismo, haber sido objeto de denuncia en la Audiencia Provincial (art. 481.3 LEC). El debido cumplimiento de estos requisitos de forma

condicionará, en gran medida, la posible inadmisión del recurso; tal y como se pone de manifiesto en esta reciente STS núm. 682/2024, de 13 de mayo¹²:

«2.- En Sentencia de Pleno n.º 232/2017, de 6 de abril, se estableció que «esta sala ha declarado de forma reiterada que la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación, implícitamente exigidas en el citado art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigen una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo o el principio general del Derecho infringidos. Y, además, que el recurrente argumente la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado, de tal forma que no cabe una argumentación por acarreo en la que se mezclen argumentos sobre las cuestiones más diversas y se denuncien en un mismo motivo infracciones legales de naturaleza muy diversa.» En las sentencias 128/2020 de 26 de febrero, 547/2020 de 20 de octubre y 123/2022 de 16 de febrero, hemos recordado la doctrina reiterada de este tribunal, sobre la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación exigida en el 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, requiriendo una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, mediante el motivo correspondiente. Como esta sala viene diciendo de forma reiterada, el escrito de recurso debe estructurarse en motivos, y que tanto si se alega más de una infracción o vulneración de la misma naturaleza como si se alegan varias de distinta naturaleza, cada una de las infracciones debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben aparecer numerados correlativamente, sin que puedan formularse submotivos dentro de cada motivo.

3.- El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos».

12. STS núm. 682/2024 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 13 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2197). A esta resolución podemos añadir otras, igualmente ilustrativas a tales efectos; como este ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:16035A); en cuya virtud: «TERCERO. El recurso no puede ser admitido, por carencia manifiesta de fundamento al obviar la ratio decidendi de la sentencia recurrida, art. 483.2.º LEC. A tales efectos debemos recordar que es doctrina reiterada de esta Sala que en casación, en este sentido la sentencia de esta sala 220/2017, de 4 de abril, ha señalado lo siguiente: «[...] La cita como infringidas de las «normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» (art. 477.1 LEC), no de cualquier otra, es el requisito básico de todo recurso de casación en cualquiera de sus modalidades, como de nuevo ha puntualizado el Acuerdo de esta sala de 8 de febrero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.[...]. Y así ambas instancias coinciden en que sí hay posesión de estado, así cita la AP el amplio reportaje documental doméstico tanto en el hospital con motivo del nacimiento del menor como en el exterior, que así lo demuestra, el informe psicológico que avala que ambos progenitores estuvieron sometidos a terapia hasta el 30 de marzo de 2020, cuando ya había nacido el menor —a lo que se añade el resultado de la prueba biológica, que fue positiva— por todo lo cual el interés casacional lo es meramente instrumental o artificioso. Por todo ello procede la inadmisión del recurso. Las alegaciones de la parte recurrente a las posibles causas de inadmisión no desvirtúan su efectiva concurrencia en los términos expuestos».

Volviendo a las novedades incorporadas en la ley, respecto a la injerencia de las nuevas tecnologías de la información en sede judicial, observamos como estas son francamente limitadas en lo que a casación se refiere; limitándose a referenciar, fundamentalmente, la necesidad de acompañar el escrito de interposición de una copia de la sentencia recurrida, disponiéndose con ello la posibilidad de admitir este documento en formato electrónico, siempre que esté debidamente validado con firma o certificado digital (art. 481.6 LEC).

En lo que respecta a su tramitación, el legislador ha optado por suprimir la fase intermedia de alegaciones; y, en cualquier caso, la inadmisión del recurso se llevará a cabo mediante providencia del juez. Criticamos en este punto la opción escogida por el legislador, debido a la innecesaria motivación de la providencia (al menos, motivación amplia y concisa de la decisión); a diferencia del anterior auto de inadmisión, que sí requería de motivación judicial. Lejos de parecernos una decisión acertada y aceptada como parte de la agilización procesal, lo cierto es que se nos viene antojando como contraria a derecho. Si bien puede justificarse esta modificación en un intento del legislador por reducir los tiempos en la fase de admisión del recurso, no podemos dejar de criticar que la opción del legislador procesal sea la de reducir garantías de las partes, omitiendo con ello la necesaria motivación de la decisión judicial.

Asociado también con el trámite de admisión, el art. 484 LEC incorpora, en su versión actual, la referencia a la «Sección de Admisión de la Sala Primera del Tribunal Supremo o la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia»; que examinará de oficio su propia competencia, antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de éste. En caso de no considerarse competente, deberá acordar, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo de 10 días, la remisión de las actuaciones y su emplazamiento, en aras a comparecer ante la Sala que se estime competente, en el plazo de 10 días. En resumidas cuentas, esta nueva versión del art. 484.1 LEC, traslada el trámite de inadmisión del Magistrado Ponente, a la Sección de Admisión (como si se tratase de las Secciones de las Salas del Tribunal Constitucional respecto al recurso de amparo).

Respecto al señalamiento de la vista sigue siendo, como hasta el momento, de carácter potestativo por parte del tribunal; y sin vinculación con la petición de las partes (arts. 481.1 y 485 LEC). En caso de celebrarse, ésta deberá iniciarse con la exposición del informe de la parte recurrente; siguiendo, a continuación, con el de la parte recurrida. Procede hacer hincapié, además, en que la propia Sala del TS que está conociendo del recurso, podrá señalar a los abogados de las partes y, en todo caso, al Ministerio Fiscal; el tiempo de que disponen para sus informes, y las cuestiones que considera de especial interés (art. 486 LEC).

Si bien el recurso de casación se decidirá por sentencia, la actual redacción del art. 487 LEC, prevé también la posibilidad de pronunciamiento de auto cuando, existiendo doctrina jurisprudencial previa sobre las cuestiones objeto de debate en ese recurso, la resolución impugnada se haya opuesto a esa doctrina. En ese caso, y tras dictarse el correspondiente auto, el asunto será devuelto al tribunal de procedencia, para que dicte nueva resolución, conforme a la doctrinal jurisprudencial.

2.2. Otros ámbitos de afectación de la reforma casacional

2.2.1. Casación y caducidad en la instancia

La reciente reforma por la Ley 6/2023, de 19 de diciembre, nos ha traído también una afectación directa sobre la caducidad en la instancia que, como no puede ser de otra manera, también repercute sobre la segunda instancia jurisdiccional. Este es el caso, y de conformidad con el art. 237 LEC, se considerará abandonado el proceso, tanto en las instancias, como en fase de impugnación, y con independencia del tipo de procedimiento que se haya promovido; si, a pesar de que ha concurrido impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal de ningún tipo a instancia de parte en los plazos que se dispone en este mismo precepto. Así, y en el caso de los procesos que se encuentren en primera instancia, la caducidad se producirá tras una inactividad procesal de dos años, tras la fecha de la última notificación a las partes. Mientras que, en segunda instancia o pendiente de casación, la caducidad se producirá en el plazo de un año desde la última notificación (art. 237.1 LEC). Contra el decreto que declare la caducidad únicamente cabe proponer recurso de revisión (art. 237.2 LEC).

Cabe exponer, en todo caso, distintas excepciones a esta regla general, que vienen determinadas en el art. 238 LEC, en cuya virtud, la caducidad no procederá cuando la paralización del procedimiento venga justificada por un caso de fuerza mayor, o por cualquier otro motivo no imputable a ninguna de las partes o a cualquiera de los interesados en la causa. En este sentido, no podemos evitar hacer referencia, por ejemplo, y revestido de excepcionalidad, a lo acaecido respecto a la pandemia del Covid-19 (tan imprevisible, como dañina, en todas las situaciones) ¹³, y que también ha sido objeto de análisis por parte del

13. Así se observa, entre otras, en esta STSJ de Catalunya núm. 1857/2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 19 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:4295): «Ciertamente, el auto apelado de 8 de marzo de 2022 sigue a pie juntillas el decreto de 16 de noviembre de 2021 y no entra examinar en modo alguno los motivos aducidos en el recurso de revisión consistentes por este orden, primero, en la «Vulneración del artículo 24.1 del derecho a la tutela judicial efectiva por una rigurosa y excesiva interpretación del artículo 237 de la LEC» y segundo, en la «Infracción del artículo 237 de la LEC debido a la paralización de los plazos

Tribunal Supremo; como se deduce de este ATS de 21 de marzo de 2023: «2. El plazo de un año previsto en el art. 237 LEC se cumpliría el 31 de enero de 2021. Sin embargo, entre las medidas adoptadas por el Covid, se suspendieron los plazos procesales por RD 463/2020, de 14 de marzo y posterior RDL 16/2020, de 28 de abril. Este último establece en su artículo 2 que los términos y plazos previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos por aplicación de lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente. Por último, el art. 8 Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo alzó la suspensión de los plazos procesales suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo con efectos desde el 4 de junio de 2020.

En consecuencia, se concluye que el cómputo del plazo debe iniciarse ex novo desde el 5 de junio de 2020. 3. Consta una reclamación inicial presentada conjuntamente por la abogada y el procurador el 19 de mayo de 2021, que es la

judiciales por declaración del estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19», argumentos que ahora en el recurso de apelación, además del carácter apelable del auto (a lo que se accede en la instancia a través del auto de 17 de mayo de 2022, más arriba referido) y «de la incongruencia omisiva en la que incurre la resolución apelada y la falta de motivación», vienen a significarse de nuevo, si bien alterando el orden de los mismos. Siguiendo este último orden expositivo, considera la Sala que asiste derechamente la razón a la parte apelante actora al destacar el silencio del auto apelado (lo mismo cabe predicar de la posición mantenida en esta alzada por la demandada, que ni siquiera menciona en su oposición dicho relevante argumento) sobre la suspensión de los plazos procesales y de prescripción y de caducidad alegados y operados durante la vigencia del estado de alarma, en los términos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (RCL 2020, 376), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, concretamente, de su « Disposición adicional segunda. Suspensión de plazos procesales» y su « Disposición adicional cuarta. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad», y el posterior Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, en su « Artículo 8. Plazos procesales suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo» y el « Artículo 10. Plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo», preceptos estos últimos a tenor de los cuales se alza la suspensión de los plazos procesales y de la prescripción y caducidad de derechos y acciones con efectos desde el 4 de junio de 2020. Así las cosas, la suspensión de esos plazos durante la vigencia del estado de alarma del 14 de marzo al 3 de junio de 2020, esto es, durante 82 días, ha de conducir a estimar el motivo del recurso de apelación, toda vez que entre la notificación a las partes el 27 de octubre de 2019 de la resolución de archivo provisional y el decreto de 16 de noviembre de 2021 que declara la caducidad de la instancia y tiene por desistida a la parte actora, no ha transcurrido aquel plazo de dos años del artículo 237.1 de la Ley 1/2000, de 1 de enero, Enjuiciamiento Civil («Artículo 237. Caducidad de la instancia». «1. Se tendrán por abandonadas las instancias y recursos en toda clase de pleitos si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el pleito se hallare en primera instancia; y de uno, si estuviere en segunda instancia o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o de recurso de casación». «Estos plazos se contarán desde la última notificación a las partes») si se computa (detrae) el período de tiempo de aquella suspensión de plazos regulada por los Reales Decretos 463/2020 y 537/2020».

fecha a tener en cuenta a los efectos que nos ocupan, pues la posterior de 20 de septiembre de 2021, es consecuencia de un requerimiento efectuado por diligencia de ordenación de 2 de septiembre de 2021 para que cada uno de los profesionales presentaran por separado sus reclamaciones, a fin de poder tramitar las piezas de forma independiente. 4. Lo anterior lleva a la desestimación de la caducidad en la instancia, ya que no había transcurrido el plazo de un año desde el 31 de enero hasta que se suspendió el plazo de caducidad por el Covid, ni desde el 5 de junio de 2020 en el que se reinició el cómputo hasta la reclamación inicial en mayo de 2021¹⁴».

En lo relativo a la etapa de ejecución, sin embargo, no será de aplicación lo previsto respecto a los artículos precedentes sobre la caducidad (art. 239 LEC). En consecuencia, las actuaciones podrán seguir su curso normal hasta que se dé pleno cumplimiento a la obligación, independientemente de que hayan transcurrido los plazos que se describen en el art. 237 LEC.

La reforma también se ha visto reflejada en el contenido del art. 240 LEC, respecto a los efectos de la caducidad de la instancia. En consecuencia, cuando la caducidad se produce en la segunda instancia o pendiente de recurso de casación, se considerará desistida la apelación o la casación, ganando a su vez firmeza la resolución judicial que ha sido objeto de recurso y devolviéndose las actuaciones al tribunal del cual deriva (art. 240.1 LEC). Pero si la caducidad se produce en primera instancia, se considerará desistida la pretensión en esa instancia, pudiéndose con ello interponer nueva demanda; sin perjuicio de la caducidad de la acción (art. 240.2 LEC).

2.2.2. Costas procesales y casación

Escasas han sido las reformas relevantes que se han aplicado sobre la materia de costas procesales en la última década. En lo relativo a la imposición de costas en casación, el art. 398.2 LEC distingue entre la estimación y la desestimación del recurso. En consecuencia, la desestimación absoluta del recurso de casación conllevará la imposición de las costas a la parte que ha promovido el recurso; a salvo de los casos en los que la Sala observe alguna circunstancia especial que justifica la imposición de una decisión distinta. Por contra, si el recurso es estimado en todo o en parte, no procederá la imposición de costas sobre ninguna de las partes.

En otro orden de las cosas, y al hilo de la cuestión analizada en el apartado precedente, es preciso aclarar que, de concurrir caducidad pendiente de casa-

14. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:2937).

ción, no se generarán costas (art. 240.3 LEC). En definitiva, se aplica en casación el mismo principio aplicable respecto a la apelación. En consecuencia, cada parte pagará las costas generadas de su propia actuación, y las comunes por mitad.

2.2.3. *Del derecho a recurrir en casos especiales*

Mención aparte merece la previsión del art. 449 LEC, respecto al derecho a recurrir en casos especiales, dado que el legislador ha tenido a bien prever algunas especialidades respecto a los procesos especiales recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, y en lo relativo a aquellos procesos judiciales que lleven aparejada una petición de lanzamiento, no podrá presentarse ni recurso de apelación, ni recurso de casación, por la parte demandada, hasta que no acredite previamente (por escrito), que se han satisfecho las rentas vencidas y aquellas que se deban de acuerdo con el contrato suscrito por los litigantes. Además, el recurso interpuesto se considerará desierto si en el transcurso del procedimiento, la parte recurrente deja de pagar los plazos vencidos o pendientes de vencimiento (el obligado puede adelantar o consignar el pago de varios períodos no vencidos, que se sujetarán a liquidación una vez alcance firmeza la sentencia recurrida; un pago que podrá consignarse mediante aval solidario de duración indefinida, y pagadero al primer requerimiento).

En lo relativo a los procesos para la indemnización de daños y perjuicios derivados de siniestro con vehículo a motor, la admisión de la casación (también la apelación) quedará excluida, si el condenado al pago de esta obligación no acredita haber constituido el depósito del importe principal, al que se añade, además, más los intereses y recargos aplicables.

Y, por último pero no por ello menos importante, en los procesos para la reclamación de cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos, la posibilidad de interponer recurso en segunda instancia o en casación, quedará condicionada al hecho de que en el momento de interponerse, la parte recurrente no acredite haber satisfecho o consignado la cantidad líquida exigible.

2.2.4. *Casación y desistimiento*

Otro de los ámbitos de afectación de la reforma nos deriva a las fórmulas de terminación anticipada del proceso; y, en concreto, al desistimiento en el ámbito de la casación. Sobre este particular, y si bien el legislador prevé la posibilidad de promoverlo, una vez iniciado el proceso de casación; se verá vetada, por seguridad jurídica, si se ha fijado ya la fecha de deliberación, votación y fallo del recurso de casación (art. 450.1 LEC).

Conviene matizar, en todo caso, que en aquellos casos en los que el desistimiento se promueva solamente por una parte de los recurrentes, la resolución recurrida no ganará firmeza; pero sí se considerarán abandonadas las pretensiones de recurso que hayan promovido estas partes (art. 450.2 LEC).

3. Conclusiones al final de la travesía

Surcados los mares, las recientes reformas operadas por la Ley 6/2023 han ayudado a confirmar la necesidad de reformular el recurso de casación, desde sus fundamentos; especialmente en lo relativo al sinsentido de la división bifronte entre el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal, largamente reivindicada por buena parte de la doctrina. Consideramos ciertamente acertado el hecho de que, superadas vastas *Rocas Errantes*, finalmente, se haya suprimido esta doble distinción, pasando a regularse únicamente como recurso de casación. Sin duda una forma de simplificar la ya suficientemente compleja tramitación de un procedimiento, con sendas innumerables, y erráticas modificaciones en una travesía irregular y a la deriva, pasa por la figura de un legislador, una doctrina y una jurisprudencia que decida *arriar velas, tomar el timón* y apostar por constreñir una respuesta que dé sentido a la realidad material de la práctica jurídica, frecuente y especialmente presente en los Tribunales de Justicia, sin que ello suponga, ni represente, una barrera nociva en el ejercicio de los derechos y garantías que conforman la debida tutela judicial efectiva en nuestro ordenamiento procesal.

4. Bibliografía

- CACHÓN CADENAS, M.J.; FRANCO ARIAS, J.; RAMOS ROMEU, F., «Los recursos en el proceso civil», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº1-2, 2010, pp. 113-166.
- CACHÓN CADENAS, M.J. «¿Por qué cuesta tanto acceder al Tribunal Supremo? (Comentario al auto de 11 de marzo de la Sala Primera del Tribunal Supremo)», *Món Jurídic*, nº330, 2020, pp. 62-63.
- CACHÓN CADENAS, M.J., *Introducción al enjuiciamiento civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2021.
- CALAMANDREI, P., *Casación civil*, edit. Olejnik, Santiago de Chile, 2021.
- CARNELUTTI, F., *Derecho y Proceso. Derecho Procesal Civil y Penal*, Vol. I, edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- DELGADO CASTRO, J. *La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina*, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nºXXXIII, 2009, pp. 345-367.

- ESCALADA LÓPEZ, M.L. «*El recurso de casación civil y su intelección como instrumento realizador de la igualdad en la aplicación de la ley*», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº3-4, 2022.
- GUASCH FERNANDEZ, S. *El hecho y el derecho en la casación civil*, edit. J.M.Bosch, Barcelona, 1998.
- LACABA SÁNCHEZ, F. «Nuevo recurso de casación civil», *Revista de Derecho VLex*, nº231, 2023, pp. 1-13.
- MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, edit. Ariel, Barcelona, 2003.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. «Justicia independiente, justicia responsable. Los orígenes del Tribunal Supremo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº17, 2022, pp. 8-12.
- VÁZQUEZ SOTELLO, J.L. *La casación civil: Revisión crítica*, edit. Ediser, Madrid, 1979.
- VERNENGO PELLEJERO, N.C. «Algunas reflexiones acerca del tratamiento del derecho a los recursos en el proyecto de ley de medidas de agilización procesal», en: *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A. Neira Pena; A.J. Pérez Cruz Martín; X. Ferreiro Baamonde (Dirs.), edit. Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, pp. 703-712.



PROCESSUS IUDICII

Siguiendo con la inmemorial tradición académica, compañeros, discípulos y amigos del Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas le ofrecemos este *LIBER AMICORUM* como muestra de agradecimiento, aprecio y admiración por su brillante trayectoria académica, con ocasión de su jubilación de la Universidad.

La presente obra cuenta con 122 estudios científicos elaborados para la ocasión, en los que han participado 129 autores. Debido a la variedad de temas abordados en las aportaciones que se incluyen en esta obra, se ha optado por dividirlos en grandes bloques. El primer libro está dedicado a la Parte General e incluye una invitación al lector para conocer un poco mejor al Profesor Cachón, su trayectoria profesional y personal, desde la mirada de su maestro, de sus amigos y de sus discípulos. El segundo libro se consagra al Proceso Civil; el tercero al Proceso Penal; el cuarto al Proceso de Ejecución. Y, finalmente, el quinto libro, recoge Estudios históricos y de otras disciplinas, para culminar con la *Tabula Gratulatoria* con dedicatorias de compañeros y amigos que se han querido adherir al homenaje. Los estudios científicos se presentan siguiendo el estricto orden alfabético de los apellidos de los autores y han sido insertados en cada uno de los libros según la materia a la que se circunscriben.

ISBN 979-13-87543-74-7



9 791387 543747