



Derecho procesal civil

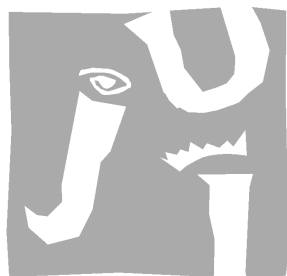
Materiales docentes

Juan Luis Gómez Colomer
Andrea Planchadell Gargallo
M.^a Ángeles Pérez Cebadera
Ana Beltrán Montoliu
Ana Montesinos García

Derecho procesal civil

Materiales docentes

Juan Luis Gómez Colomer
Andrea Planchadell Gargallo
M.^a Ángeles Pérez Cebadera
Ana Beltrán Montoliu
Ana Montesinos García



DEPARTAMENT DE DRET PÚBLIC

■ Codi d'assignatura RB-19

UNIVERSITAT
JAUME·I

Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana
<http://www.tenda.uji.es> e-mail: publicacions@uji.es

Col·lecció Sapientia, 60
www.sapientia.uji.es
Primera edició, 2011

ISBN: 978-84-694-4997-4



Publicacions de la Universitat Jaume I és una editorial membre de l'UNE, cosa que en garanteix la difusió de les obres en els àmbits nacional i internacional. www.une.es



Aquest text està subjecte a una llicència Reconeixement-NoComercial-CompartirIgual de Creative Commons, que permet copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra sempre que especifique l'autor i el nom de la publicació i sense objectius comercials, i també permet crear obres derivades, sempre que siguin distribuïdes amb aquesta mateixa llicència.
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/deed.ca>

ÍNDICE

CONSIDERACIONES GENERALES	7
I. MATERIALES DOCENTES	9
<i>Lección 1.ª Historia y principios constitucionales</i>	10
<i>Caso docente núm. 1. Lectura de artículo doctrinal: GÓMEZ COLOMER, J. L. (2000): «Principios y características esenciales del nuevo proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)», <i>Revista General del Derecho</i>, 675, págs. 14456-14481.</i>	
<i>Lección 2.ª La competencia civil</i>	12
<i>Caso docente núm. 2. Prejudicialidad penal (Auto Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 225/2010 (Sección 6), de 13 de octubre.</i>	
<i>Lección 3.ª Las partes y su capacidad</i>	18
<i>Caso docente núm. 3. A) Falta de capacidad para ser parte: persona fallecida (Sentencia Audiencia Provincial A Coruña núm. 231/2007 (Sección 5), de 15 de mayo; B) Capacidad procesal (Sentencia Audiencia Provincial de Castellón núm. 76/2008 (Sección 2), de 15 de mayo.</i>	
<i>Lección 4.ª La legitimación</i>	26
<i>Caso docente núm. 4. A) Litisconsorcio pasivo necesario (Sentencia Tribunal Supremo núm. 459/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 30 de mayo); B) Intervención litisconsorcial e intervención adhesiva simple: diferencias (Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 604/2005 (Sección 5), de 24 de noviembre; C) Intervención provocada: concepto y supuestos (Sentencia Audiencia Provincial Pontevedra núm. 74/2008 (Sección 1), de 31 de enero.</i>	
<i>Lección 5.ª La postulación</i>	47
<i>Caso docente núm. 5. Contravención del art. 32 LECiV/2000 (Sentencia Audiencia Provincial Bizkaia núm. 302/2009, de 15 de julio).</i>	
<i>Lección 6.ª La pretensión y sus elementos</i>	53
<i>Caso docente núm. 6. Lectura de artículo doctrinal: PÉREZ CEBADERA, M. A. (2010): «La admisión y acumulación de acciones en el proceso civil», <i>Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil</i>, año VII, núm. 72, págs. 5-16.</i>	

Lección 7.^a Actos previos	55
<i>Caso docente núm. 7. Diligencias preliminares (Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 20/2002, de 11 de noviembre).</i>	
Lección 8.^a Disposiciones comunes a los procesos ordinarios	60
<i>Caso docente núm. 8. Caso práctico: Tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.</i>	
Lección 9.^a Demanda	64
<i>Caso docente núm. 9. Litispendencia, efecto preclusivo (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a) núm. 456/2010, de 14 de julio).</i>	
Lección 10.^a Contestación a la demanda	73
<i>Caso docente núm. 10. Demandado, rebeldía (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 491/2010, de 25 de noviembre).</i>	
Lección 11.^a Audiencia previa y Juicio	82
<i>Caso docente núm. 11. Lectura de artículo: TASENDE CALVO, J. J. y VARELA AGRELO, J. A. (2009): «Estudio práctico sobre la audiencia previa».</i>	
Lección 12.^a Conceptos generales probatorios	84
<i>Caso docente núm. 12. Licitud de las fuentes (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre).</i>	
Lección 13.^a Medios de prueba	99
<i>Caso docente núm. 13. Las tachas de los testigos (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2004, de 10 de febrero).</i>	
Lección 14.^a Finalización	107
<i>Caso docente núm. 14. Alcance de la motivación y de la congruencia de las sentencias (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 77/2000, de 27 de marzo).</i>	
Lección 15.^a El juicio verbal	115
<i>Caso docente núm. 15. Inasistencia de la parte demandante al acto de la Vista (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 707/2005, de 8 de febrero).</i>	
Lección 16.^a Los recursos. Conceptos generales, remedios y queja	119
<i>Caso docente núm. 16. Recurso de queja. Objeto y alcance (Auto del Tribunal Supremo, de 7 diciembre de 2004).</i>	
Lección 17.^a Apelación	123
<i>Caso docente núm. 17. El recurso de apelación. Objeto (Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 869/2009, de 18 de enero).</i>	
Lección 18.^a Infracción procesal y casación	128
<i>Caso docente núm. 18. El recurso de casación. Naturaleza y alcance. Resoluciones recurribles. Motivo del recurso (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra –Sala de lo Civil y Penal– núm. 15/2006, de 12 de diciembre).</i>	

Lección 19.^a Cosa juzgada e impugnación	136
<i>Caso docente núm. 19. La revisión. Motivo: maquinaciones fraudulentas</i> (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 557/2009, de 28 de julio).	
Lección 20.^a El proceso de ejecución: Principios y elementos	144
<i>Caso docente núm. 20. Lectura de artículo doctrinal: MONTERO AROCA, J. (2004): «Problemas generales de la ejecución forzosa», <i>Estudios de Derecho Judicial</i>, 53 (ejemplar dedicado a «La ejecución civil», coord. por MORENO CATENA, V. M.), págs. 25-84.</i>	
Lección 21.^a El título ejecutivo	147
<i>Caso docente núm. 21. Título ejecutivo</i> (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 7) núm. 271/2003, de 17 de septiembre).	
Lección 22.^a Ejecución de sentencias no firmes	156
<i>Caso docente núm. 22. Ejecución provisional</i> (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de diciembre de 2002, AC\2003\393).	
Lección 23.^a La ejecución definitiva	162
<i>Caso docente núm. 23. Oposición a la ejecución</i> (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de octubre de 2004, AC 2004\2215).	
Lección 24.^a Ejecución dineraria. Liquidez del título y embargo	167
<i>Caso docente núm. 24. Ámbito y extensión del embargo</i> (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 75/2008, de 25 de marzo).	
Lección 25.^a Afeción y garantías	175
<i>Caso docente núm. 25. Tercería de dominio</i> (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 806/2005, de 18 de octubre).	
Lección 26.^a Finalización de la ejecución dineraria	181
<i>Caso docente núm. 26. La subasta judicial</i> (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 952/2002, de 14 de octubre).	
Lección 27.^a Ejecuciones no dinerarias. Otras ejecuciones	189
<i>Caso docente núm. 27. Ejecución en sus propios términos</i> (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 240/1998, de 15 de diciembre).	
Lección 28.^a El proceso cautelar. Conceptos generales y medidas concretas	204
<i>Caso docente núm. 28. Instrumentalidad; necesidad; temporalidad; provisionalidad y variabilidad</i> (Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4 ^a), auto núm. 192/2010, de 5 de julio).	
Lección 29.^a Procedimiento cautelar	210
<i>Caso docente núm. 29. A) Procedimiento cautelar: caso práctico; B) Solicitud de adopción de medidas cautelares</i> (Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1 ^a), de 19 febrero de 2009).	

Lección 30.^a Pretensiones dispositivas y no dispositivas	215
<i>Caso docente núm. 30. Caso práctico de procesos matrimoniales.</i>	
Lección 31.^a Tutela privilegiada del crédito: Proceso monitorio, cambiario e hipotecario	218
<i>Caso docente núm. 31. A) Caso práctico de proceso monitorio; B) Caso práctico de ejecución hipotecaria.</i>	
Lección 32.^a El proceso concursal	222
<i>Caso docente núm. 32. Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3^a), auto núm. 243/2009, de 25 de noviembre.</i>	
Lección 33.^a Arbitraje	229
<i>Caso docente núm. 33. Validez del convenio arbitral. Materias susceptibles de arbitraje. Procedimiento y formalidades (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13^a) núm. 498/2006, de 30 de octubre de 2006).</i>	
Lección 34.^a Jurisdicción voluntaria	237
<i>Caso docente núm. 34. Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24^a), auto núm. 455/2010, de 15 de abril.</i>	
II. GUÍA DE ESTUDIO	242
III. BIBLIOGRAFÍA	250

CONSIDERACIONES GENERALES

Derecho Procesal I (RB-19) es una asignatura troncal perteneciente al tercer curso, anual de 9 créditos (7 teóricos, 2 prácticos), de la Licenciatura en Derecho. Esta asignatura corresponde al estudio del proceso civil. Estamos ante una asignatura en la que se analizan los aspectos fundamentales de esta materia. Al implantar un nuevo grado en Derecho y ante la reforma metodológica que implica la adaptación de nuestras titulaciones al EES, pensamos que este es el momento idóneo para introducir cambios o presentar nuevos enfoques.

Los objetivos comunes perseguidos con la elaboración de estos materiales docentes son:

- En primer lugar, mostrar una visión teórica del Derecho Procesal en el ámbito civil, resaltando los aspectos prácticos del mismo mediante el comentario en clase de recortes de prensa, debates televisivos, casos prácticos reales y críticas a las lecturas recomendadas.
- En segundo lugar, analizar los aspectos teóricos a través de comentarios de sentencia o caso práctico.

Como resultado se obtiene un mayor aprendizaje, más profundo e interdisciplinar, que logra que esta asignatura sea algo distinto de las demás, y se cambia el esquema clásico de clases magistrales con el que tradicionalmente se imparten las asignaturas de Derecho, mediante la aportación de una visión más actual y cercana al estudiante.

Como matización final, quisiéramos señalar un aspecto terminológico y formal referente a la utilización de las mayúsculas en estos materiales, indicando que la práctica habitual en el contexto jurídico, si bien no cumple estrictamente con las exigencias lingüísticas del lenguaje cotidiano, es consecuencia de una larga tradición en este ámbito y, por consiguiente, se ha optado por mantener esta alternativa.

I. MATERIALES DOCENTES

Lección 1.^a Historia y principios constitucionales

- Antes de la recepción del Derecho común en el siglo XIII, la situación político-jurídica de Castilla se caracterizaba por lo que se ha llamado «localismo jurídico» o «dispersión normativa», con predominio del derecho consuetudinario y la paulatina aplicación de los fueros, entendidos como derecho local.
- A partir del siglo XIII con la finalidad de poner fin a esta dispersión, se atribuye a varias ciudades un mismo fuero o derecho local, y posteriormente se redactan las Partidas (1265), que pretenden ser un texto de aplicación general.
- Las Partidas han tenido un incuestionable valor jurídico, pues han tenido seis siglos de persistencia en nuestra historia. Se atribuye la redacción de la Partida III a Jacobo de las Leyes. En la recepción del Derecho común, las partes son «las dueñas de los pleitos». Tuvieron una gran aceptación por parte de los juristas profesionales, y al mismo tiempo implicaron un rechazo del hombre no letrado que seguía aferrándose a sus fueros y costumbres. El proceso ordinario es único y no existen procesos especiales.
- Hasta la codificación coexistieron dos sistemas procedimentales dispares: por un lado, el proceso ordinario por excelencia y, por otro, fueron apareciendo procesos en los que se pretendía simplificar el anterior. En el *solemnis ordo iudiciarius*, las partes disponían con toda amplitud de los medios de ataque y defensa que consideraban necesarios, y planteaban sin limitaciones la cuestión controvertida que les llevaba ante el tribunal.
- La aparición de los procesos plenarios rápidos se produce ante la ineficacia del *solemnis ordo iudiciarius* para hacer frente a las necesidades diarias y urgentes de los ciudadanos. Básicamente, estos nuevos procesos, sin dejar de ser ordinarios y plenarios, suponen la supresión de formalidades.
- En el siglo XIX se produce la codificación en el ámbito mercantil y civil, sin que ello suponga una unificación. En el ámbito civil podemos destacar como etapa fundamental la que comprende desde la Novísima Recopilación de 1805 hasta la LEC de 1855.
- A finales del siglo XIX nació la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la que se mantuvieron los mismos principios del proceso y del procedimiento de la LEC de 1855, aunque como novedades hay que resaltar la introducción de la publicidad general de los actos procesales y un aumento de la contradicción en la prueba. Se inspiró en los principios propios de la ideología liberal de la época.
- Debido a la existencia de relevantes lagunas en distintos ámbitos, como por ejemplo la no regulación de los actos de disposición, el proceso monitorio,

oposición a la ejecución del ejecutado o ejecución provisional, entre otros, y la deficiente regulación en otros aspectos, como puede ser el beneficio de justicia gratuita, forma de las sentencias y autos, regulación de las costas, etc., se produjo lo que se conoce como fenómeno de huida. En este sentido, se intentó evitar el juicio de mayor cuantía, y además esto impuso simultáneamente la proliferación de procesos especiales. Como reformas parciales más relevantes se pueden indicar la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, y la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal hasta la LEC 1/2000, de 7 de enero.

- La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se caracteriza principalmente por establecer la primacía del interés del justiciable («ley pensada para los litigantes»); otorga una respuesta eficaz a las demandas sin una sumariedad excesiva, incrementa la eficacia de la primera instancia, concede una mayor protección al crédito a través del proceso monitorio y el proceso de ejecución, y en el juicio ordinario se apuesta por la oralidad.

Caso docente núm. 1

Lectura de artículo: GÓMEZ COLOMER, J. L. (2000): «Principios y características esenciales del nuevo proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)», *Revista General del Derecho*, 675, págs. 14456-14481.

Cuestiones

1. Principios del proceso civil contemplado en la LEC 1/2000.
2. Características esenciales del proceso civil previsto en la LEC 1/2000.

Lección 2.^a La competencia civil

- La potestad jurisdiccional es indivisible; sin embargo, no es suficiente para que un órgano conozca de una pretensión determinada, sino que se precisa una norma que le atribuya su conocimiento.
- La competencia es el conjunto de reglas que determinan la atribución de un asunto concreto a un órgano jurisdiccional particularizado. Se trata de un presupuesto procesal relativo al juez.
- **¿Cuándo conocerán los tribunales españoles del orden jurisdiccional civil?**
Los tribunales españoles conocerán de los juicios civiles suscitados en España entre españoles, extranjeros o españoles y extranjeros, si la pretensión planteada tiene como objeto alguno de los bienes enumerados en el art. 22 LOPJ, atendiendo también a los posibles tratados internacionales ratificados por España.
- Los criterios de atribución de la jurisdicción son: *a) Exclusividad*: Situación del bien en España; domicilio de la persona en España; españolidad del registro; depósito o registro en España; petición a España del *exequátur* (Art. 22.1 LOPJ); *b) Generales*: Sumisión expresa, sumisión tácita y domicilio del demandado en España (art. 22.2 LOPJ); *c) Subsidiariedad o especialidad*: En defecto de los dos anteriores, se establecen puntos de conexión como el domicilio, la residencia habitual, la nacionalidad española, etc. (art. 22.3 LOPJ).
- Los actos de realización con falta de jurisdicción son nulos de pleno derecho (art. 238 LOPJ).

La competencia civil genérica

- Los tribunales españoles civiles conocerán de las materias que les son propias (actuación del derecho privado) y aquellas que no estén expresamente atribuidas a otro orden jurisdiccional distinto (art. 9.2 LOPJ).
- Los criterios de atribución de la competencia son el criterio objetivo, funcional y territorial.
 - **Criterio objetivo**: Determina, en razón del objeto del proceso propuesto por el actor en la demanda, cuál es el órgano que debe conocer de la primera instancia con exclusión de cualquier otro. Los criterios (arts. 56 y 73 LOPJ) se refieren a la persona del demandado, a la materia (o naturaleza de la pretensión) y a la cuantía (o cantidad objeto del litigio) (art. 47 LEC). Los criterios de la persona del demandado y de la materia a que se refiere el litigio son preferentes, primando en todo caso sobre el criterio de la cuantía, de modo que habrá de estarse a lo que resulte de ellos, con independencia de a cuánto ascienda el valor de la demanda.

- **Criterio funcional:** Determina cuáles han de ser en concreto los órganos jurisdiccionales que han de conocer a lo largo de un proceso civil en curso (dualidad de instancias). Distribuye entre esos órganos jurisdiccionales según las diversas fases procedimentales.
 - Atribución concreta de la competencia objetiva y funcional de los siguientes órganos: Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia, Juzgados de lo Mercantil, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Audiencia Provincial, Sala Civil y Penal TSJ, Sala Civil TS.
- **Criterio territorial:** Atribución del conocimiento del proceso a un determinado tribunal de un lugar determinado entre los varios existentes del mismo tipo. Los fueros son los criterios que se utilizan para fijar las reglas de competencia territorial.

Clases de fueros:

- A) Fueros convencionales:** Se trata de acuerdos establecidos por la voluntad de las partes entre el actor y el demandado. La forma en la que se pueden adoptar estos fueros es: 1) *Expresa:* A través de un pacto extra y preprocesal, pero que sólo surte efectos cuando se produce el litigio) (art. 55 LEC); 2) *Tácita:* Consiste en una ficción legal de reconocimiento implícito de la competencia del Juzgado, que la norma jurídica une a ciertas actuaciones de las partes procesales y que tiene como consecuencia inmediata impedirles plantear con éxito la declinatoria (art. 56 LEC).
- B) Fueros legales:** Aparecen en defecto de la sumisión expresa o tácita, y es entonces el legislador el que establece el lugar en donde presentar la demanda. 1) *Especiales* (art. 52.1-16 LEC): Son preferentes a los generales; 2) *Generales* (el domicilio, arts. 50, 51 y 53 LEC).
- **Tratamiento procesal de la competencia:** a) De oficio por el tribunal, normalmente después de la presentación de la demanda y antes de su admisión; b) Declinatoria (art. 59 LEC).
- **Reparto de asuntos** (arts. 68-70 LEC): Todos los asuntos civiles serán repartidos entre los Juzgados de Primera Instancia cuando haya más de uno en el partido judicial.
- **Las cuestiones prejudiciales:** Son aquellas cuestiones conexas con la cuestión de fondo planteada en el proceso civil, que por su naturaleza están atribuidas al conocimiento de juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional, en el que pueden dar lugar a un proceso y resolución propia. Existen diversas clases de prejudicialidad: civil (art. 43 LEC), que en realidad debe entenderse como una cuestión incidental (arts. 387 y ss. LEC); laboral y administrativa, penal, constitucional y comunitaria.

Caso docente núm. 2. Prejudicialidad penal (Auto Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 225/2010 (Sección 6), de 13 de octubre

Auto Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 225/2010 (Sección 6), de 13 de octubre.
Jurisdicción: Civil
Recurso de Apelación núm. 4013/2009.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Francisco Miguez Tabares.

Ejecución forzosa (LECIV/2000): Suspensión de la ejecución: Supuestos: Prejudicialidad penal: Procedencia: existencia de diligencias penales sobre posible falsedad documental relativa a una escritura de préstamo hipotecario: en caso de estimarse la existencia de un delito de falsedad documental en el otorgamiento de la escritura, la ejecución hipotecaria se vería afectada de forma directa, por lo que procede la prejudicialidad penal.

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

AUTO: 00225/2010

...

En Vigo (Pontevedra), a trece de Octubre de dos mil diez.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, sede Vigo, los Autos de EJECUCION HIPOTECARIA 0000396 /2007, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo de apelación 0004013 /2009, es parte apelante-demandante: «CAJA AHORROS Y MONTE PIEDAD DE MADRID», representado por el procurador D. ANDRES GALLEGO MARTIN-ESPERANZA y asistido por el Letrado D. MIGUEL LORENZO TORRES, y como apelados-demandados: D.Carlos Alberto representado por el procurador D. SUSANA ARCA VELOSO y asistido por el Letrado D. MANUEL GONZALEZ GONZALEZ; DON Jose Francisco , representado por el procurador D. EMILIO ÁLVAREZ PAZOS y asistido por la Letrada D^a M^a CARMEN IGLESIAS GÓMEZ; D^aFelicísima ; D^aIrene Y EL MINISTERIO FISCAL.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vigo, con fecha 9-09-08, se dictó auto cuya parte dispositiva expresa:

«Se acuerda la suspensión del presente procedimiento por prejudicialidad penal, en tanto en cuanto no resulte acreditada, en debida forma, la terminación, por resolución firme del proceso penal pendiente; procediéndose una vez efectuada tal acreditación a la continuación de su tramitación.».

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por el Procurador Sr. Gallego Martín-Esperanza, en nombre y representación de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD

MUNICIPAL DE MADRID, se preparó y formalizó recurso de apelación, que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición por la parte contraria.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra, se repartieron a esta Sección Sexta, sede Vigo, abriéndose el oportuno rollo bajo el núm. 4013/09, siguiendo el recurso los trámites de rigor y señalándose para su deliberación y fallo el día 13-10-10.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO Se recurre por la parte ejecutante el Auto dictado en la instancia en el que se acuerda la suspensión del procedimiento por existir cuestión prejudicial penal al alegarse que la querrela que dio lugar al procedimiento penal no se dirige contra dicha entidad en calidad de querellado. Se afirma asimismo por la parte recurrente la plena validez del contrato de préstamo hipotecario al haber sido otorgado ante notario.

La Exposición de Motivos de la LEC alude a que, en lo que lo que respecta a la prejudicialidad penal, se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que cabalmente fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y ocurra, además, que la sentencia que en este haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el penal.

La regulación legalmente prevista acerca de la suspensión por prejudicialidad penal en la ejecución sobre bienes hipotecados se contiene en el art. 697 LEC, el cual establece que «Fuera de los casos a que se refieren los dos artículos anteriores (oposición a la ejecución y tercería de dominio), los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se suspenderán por prejudicialidad penal, cuando se acredite, conforme a lo dispuesto en el art. 569 de esta Ley, la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución». Por su parte el citado art. 569 LEC en su apartado 1 distingue dos supuestos: en primer lugar se indica que «La presentación de denuncia o la interposición de querrela en que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el título ejecutivo o con el despacho de la ejecución forzosa no determinarán, por sí solas, que se decrete la suspensión de ésta»; pero en segundo lugar se precisa que «Sin embargo, si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, el tribunal que conozca de ella, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución.

Sin embargo, si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, el Tribunal que la autorizó, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución». Este segundo supuesto exige tanto la presentación de la denuncia o querrela y su admisión a trámite como que los hechos de apariencia delictiva puedan determinar (entre otros supuestos) la nulidad del título, presupuestos ambos que concurren en este caso.

Dichos preceptos deben asimismo ponerse en relación con lo establecido en el art. 40-4 LEC (incluido en el Libro I LEC), conforme al cual «la suspensión que venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto».

Respecto a la suspensión por prejudicialidad penal la STS, Sala 1ª, de 20 de septiembre de 2007 afirma que «Se concretan de este modo los parámetros del art. 10.2 de la Ley Orgánica

del Poder Judicial cuando señala que la suspensión del procedimiento procederá por razón de la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta. Con todo la suspensión ha de ser medida excepcional pues como ahora dice la Exposición de Motivos de la LEC se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil y se exige algo más que una querrela o una denuncia no archivada en tanto que alguna autorizada opinión doctrinal ha calificado como funesta e inaceptable practica la de proceder a la suspensión de la tramitación de un proceso civil porque algún hecho con relevancia en el mismo pueda ser delictivo. Ha de tratarse pues de causa criminal sobre hechos que fundamenten las pretensiones de las partes y ha de darse el carácter decisivo de su influencia en la decisión civil...En la interpretación de los art. 362, 515 y 1084 LEC 1881, las sentencias de 11 de junio de 1992 y 7 de julio de 1995, en doctrina que confirma la de 30 de mayo de 2007 pusieron de relieve que ha de darse la dependencia de la resolución civil respecto de la penal para que proceda la suspensión». En el mismo sentido se pronuncian las SSTs, Sala 1ª, de 31 de marzo de 1992 y de 25 de septiembre de 1996.

En el presente supuesto las diligencias penales pueden tener influencia decisiva en la resolución que ha de dictarse en los presentes autos, ya que en el caso de estimarse la existencia de la falsedad documental denunciada daría lugar al sobreseimiento del procedimiento de ejecución respecto a DonCarlos Alberto.

SEGUNDO En la querrela presentada por DonCarlos Alberto contra Don Jose Francisco y DoñaFelicisima se imputa a estos querrellados los delitos de estafa y falsedad documental en relación con el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario que dio origen al presente proceso de ejecución. En dicha escritura intervino DonCarlos Alberto como deudor no hipotecante, razón por la cual ha sido traído como ejecutado a esta litis. La querrela fue admitida a trámite porAuto de fecha 28 de abril de 2008 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Vigo dando lugar a la incoación de Diligencias Previas nº 1172/08.

Obviamente si se estimase la existencia de un delito de falsedad documental en el otorgamiento de la escritura tal hecho afectaría de forma directa a la presente ejecución hipotecaria. La parte recurrente alega que no perjudica al deudor no hipotecario que se lleve a cabo la subasta pública de un bien que no es de su propiedad y que cabría posponer la suspensión del procedimiento a un momento ulterior si el importe obtenido en la subasta no cubre el total de la deuda. Este supuesto al que se refiere el recurrente es el contemplado en el art. 579 LEC que dispone que «Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución». Es decir, si la suma obtenida tras la celebración de la subasta fuese insuficiente en relación con el crédito reclamado podría entonces el ejecutante continuar el proceso de ejecución, por la diferencia, contra los bienes de los ejecutados conforme a las normas contenidas en los arts. 571 y sig. LEC, lo que indudablemente sería aplicable al ejecutado DonCarlos Alberto.

Al no haber desistido la parte ejecutante de la acción respecto al ejecutado querellante, pues es deudor contemplado en el título que ejecuta, debemos estar a lo establecido en los arts. 697 y 569 LEC, sin que los tribunales civiles puedan entrar a valorar la prosperabilidad o no de la existencia de un delito de falsedad documental, al tratarse de cuestión ajena a esta litis y que está siendo debatida en un proceso penal, y sin que quepa, precisamente por la preexistencia del proceso penal, entrar a analizar la invalidez o ilicitud del título aportado.

Debemos por ello desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución dictada por la juez a quo.

TERCERO De conformidad con lo prevenido en los arts. 394 y 398 LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación se impondrán las costas a la parte apelante, salvo que presentase serias dudas de hecho o de derecho.

Vistos los artículos legales y de general y pertinente aplicación, y en atención a todo lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Andrés Gallego Martín- Esperanza en nombre y representación de la entidad «CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID», contra el Auto de fecha 9 de septiembre de 2008 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vigo , confirmamos el mismo, con imposición a la parte apelante de las costas procesales del recurso.

Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cuestiones

1. ¿Qué es una cuestión prejudicial?
2. Requisitos que deben concurrir para que se suspendan las actuaciones del proceso civil por prejudicialidad penal.
3. ¿Qué forma adoptará la resolución que suspenda el proceso?
4. ¿Cuándo se alzarán las suspensiones y por quién?

Lección 3.^a Las partes y su capacidad

- La **capacidad en general** obliga a distinguir entre: 1) Capacidad para ser parte (quién puede ser parte en general); 2) Legitimación (quién debe o puede ser parte en un proceso concreto).
- **Parte** es quien asume la titularidad de las relaciones procesales, con las cargas, obligaciones, expectativas y responsabilidades inherentes a su posición.
- **Tercero** es quien no es parte, no existiendo posiciones intermedias: se es parte o se es tercero y puede verse afectado por el proceso, sin que ello suponga que adquiera automáticamente la condición de parte.
- La **capacidad para ser parte** es la aptitud para ser titular de derechos, cargas y obligaciones que se derivan del proceso. Indica quién puede ser parte en todo tipo de proceso. Hay que distinguir entre la capacidad de las personas físicas y la de las personas jurídicas (art. 6 LEC).
- La **capacidad procesal** es la aptitud para realizar válidamente actos procesales, en palabras de la ley, «para comparecer en juicio» (art. 7 LEC). La regla general es la existencia de capacidad, es decir, que quien tiene capacidad para ser parte, la tiene para realizar válidamente en el proceso actos procesales, siendo su falta una excepción.
- **Actuación de las personas físicas:** El art. 7.1 LEC establece que pueden comparecer en juicio (tienen capacidad para ser parte) los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, remitiendo, por tanto, al CC, que determina quien tiene tal condición. En general, tienen esta capacidad los mayores de edad en los que no concurra una causa de incapacidad declarada judicialmente. En aquellos supuestos en los que no se produzca esta circunstancia, las personas físicas deberán comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley (art. 7.2 LEC), y para la situación del concebido y no nacido, comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido (art. 7.3 LEC).
- **Actuación de las personas jurídicas:** El art. 7.4 LEC contempla que «por las personas jurídicas comparecerán las personas que legalmente las representen». Estamos ante una representación necesaria, en la que no hay dos voluntades, sino una sola, la del órgano de representación, por medio del cual la persona actúa.
- **Supuestos especiales:** Son aquellos intermedios en los que se sobrepasa la existencia de una persona física y no se llega a configurar una persona jurídica. Estos son la comunidad de bienes, uniones sin personalidad, sociedades irregulares y patrimonios autónomos. Respecto al Ministerio Fiscal, hay que señalar que tiene legitimación en los procesos en que va a intervenir como parte.

- **Tratamiento procesal:** En la LEC, las capacidades se entienden como un auténtico presupuesto procesal. En principio, la ley no exige a las personas físicas que justifiquen su capacidad para ser parte ni la capacidad procesal, cuando litigan por sí mismas. En cambio, cuando existe representación legal (de las personas físicas) o cuando actúa una persona jurídica, sí que debe justificarse (art. 262.1-2º LEC). Es controlable de oficio por el tribunal (art. 9 LEC) y las partes.
 - El juez lo puede poner de manifiesto:
 - 1) En el momento de admisión de la demanda, inadmitiéndola cuando se constate la falta de capacidad para ser parte o procesal (arts. 9 y 403.1 LEC) o esta no se acredite suficientemente (ya que no puede admitir la demanda si no se presentan dichos documentos, art. 403.3 LEC). Hay que tener en cuenta que la falta de acreditación de la representación es subsanable, por lo que se debe conceder un plazo para subsanarla.
 - 2) En la audiencia previa del juicio ordinario y en la vista del juicio verbal.
 - 3) En cualquier otro momento, incluido el de la sentencia (art. 9 LEC).
 - En cuanto a las partes:
 - 1) El demandante en la audiencia previa o vista podrá poner de manifiesto la falta de representación adecuada del demandado; otras alegaciones serían absurdas, puesto que ha sido él quien le ha demandado, y supondrían ir contra sus propios actos.
 - 2) El demandado podrá alegar en la contestación a la demanda la falta de capacidad y representación del demandante, e incluso la suya propia, respecto a la capacidad y representación con la que se le demande (art. 405.3 LEC).
- **Efectos que produce su falta:**
 - 1) La falta de capacidad para ser parte y procesal son insubsanables, pues se es capaz o no.
 - 2) La falta de representación también es insubsanable.
 - 3) La falta de acreditamiento de la representación sí que es subsanable, pudiéndose subsanar en cualquier momento, presentando el documento correspondiente, sin que deban reponerse las actuaciones a un trámite anterior y concediéndose a las partes un plazo para subsanarlo; si no se hace así, hay que distinguir:
 - a) Si falta la acreditación de la representación del demandante, el proceso no puede continuar, dictándose auto y poniendo fin al proceso;
 - b) Si falta la acreditación de la representación del demandado, el proceso seguirá, pero declarándosele rebelde y excluyendo sus actuaciones en autos.

Caso docente núm. 3. A) *Falta de capacidad para ser parte: persona fallecida* (Sentencia Audiencia Provincial A Coruña núm. 231/2007 (Sección 5), de 15 de mayo; B) *Capacidad procesal* (Sentencia Audiencia Provincial de Castellón núm. 76/2008 (Sección 2), de 15 de mayo)

A) *Falta de capacidad para ser parte: persona fallecida* (Sentencia Audiencia Provincial A Coruña núm. 231/2007 (Sección 5), de 15 de mayo)

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 518/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo.

DEMANDA: REQUISITOS: determinación de la persona contra quien se propone: inadmisión: falta de capacidad para ser parte: persona fallecida.

LEGITIMACION: pasiva: desestimación: en su condición de herederos del fallecido: imposibilidad de sucesión procesal dada la falta de capacidad para ser parte del demandado, muerto antes de la interposición de la demanda.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 LA CORUÑA/A CORUÑA

SENTENCIA: 00231/2007

...

SENTENCIA

En A CORUÑA, a quince de Mayo de dos mil siete.

En el recurso de apelación civil número 518/06 interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 9 de A Coruña, en Juicio Ordinario num. 38/03, sobre «reclamación de cantidad», siendo la cuantía del procedimiento 20.218,16 euros, seguido entre partes: Como APELANTE: CERAMICA VERA S.A., representada por la Procuradora Sra. Camba Méndez; como APELADA/IMPUGNANTE: DOÑA Melisa en representación de sus hijos menores de edad DON Eduardo y DOÑA Pilar, representados por el Procurador Sr. González Martín, como parte declarada en Rebeldía: SUMINISTROS DE LA CONSTRUCCIÓN ALTEA S.L.- Siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JULIO TASENDE CALVO.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de A Coruña, con fecha 26 de abril de 2004, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

«Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Camba Méndez, frente a «SUMINISTROS DE LA CONTRUCCIÓN ALTEA, S.L.», DON Benjamín (fallecido) DOÑA Melisa, DON Eduardo y PILAR, representados por el Procurador Sr. González Martín DEBO CONDENAR Y CONDENO A «SUMINISTROS DE LA CONTRUCCIÓN ALTEA, S.L. a abonar a la actora la suma de VEINTEMIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO CON DIECISÉIS céntimos (20.228,16 EUROS) de principal más los intereses legales desde la interpelación judicial, más los prevenidos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A Benjamín, a DON Benjamín y a DOÑA Pilar y DOÑA Melisa.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la demandante y por impugnación los demandados Sra. Melisa en representación de sus hijos menores Eduardo y Pilar, que les fueron admitidos en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se señaló para deliberar la Sala el día 8 de mayo de 2007, fecha en la que tuvo lugar.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como motivo de oposición al recurso, y a la vez de impugnación de la sentencia de primera instancia, reitera la parte apelada las excepciones procesales de falta de capacidad para ser parte y falta de legitimación pasiva opuestas en su escrito de contestación a la demanda y que fueron desestimadas, tanto en la audiencia previa como en la sentencia recurrida.

La capacidad para ser parte, regulada en el art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil identificada tradicionalmente con la personalidad jurídica civil, constituye un presupuesto procesal, de carácter absoluto e insubsanable, del que depende la válida constitución de la relación jurídica procesal, cuya naturaleza de orden público determina que su falta sea apreciable de oficio en cualquier momento procesal (S TS 23 septiembre 2002), como así lo dispone expresamente el art. 9 de la LEC, de modo que en absoluto cabe excluir su apreciación en la sentencia, por más que lo deseable sea que el control de la falta de capacidad de las partes se ejerza con anterioridad, en el trámite de admisión de la demanda, en la audiencia previa al juicio ordinario (art. 416.1-1ª y 418.2 LEC), o en la vista del juicio verbal (art. 443.2 LEC). Esta decisión debe determinar la desestimación de la demanda, al tratarse de un defecto insubsanable que hace inútil cualquier pronunciamiento de nulidad para proceder a su subsanación en la audiencia previa (art. 418 LEC).

Siendo evidente que una persona fallecida carece de personalidad y de capacidad para ser parte, en el presente caso, en el que la demanda, interpuesta el 23 de enero de 2003, se formula contra D. Benjamín, que había muerto el 11 de septiembre de 2001, sin que, pese a advertirse esta circunstancia después de admitida a trámite la demanda, la parte actora apelante hubiese desistido de la misma, ni tampoco el Juzgado haya apreciado dicha falta de capacidad para ser parte demandada, pese a ser expresamente alegada por la ahora impugnante en su escrito de contestación a la demanda, sino que, por el contrario, se le reconoce expresamente al fallecido esta cualidad en la sentencia recurrida, procede acoger la excepción de falta de capacidad para ser parte, y desestimar, por causa de inadmisión, la demanda interpuesta contra D. Benjamín.

En cuanto a la falta de legitimación pasiva procesal de los apelados impugnantes, a los cuales el Juzgado, a petición de la parte actora, emplazó para contestar a la demanda en su condición de herederos del fallecido, también debe ser apreciada. En efecto, la sucesión procesal por muerte del art. 16 de la LEC, en la que se fundamentó el llamamiento al pleito de los herederos del demandado fallecido, presupone, además de la transmisión «mortis causa» de la relación jurídica sustantiva que constituye el objeto del juicio, la cualidad de parte del causante, cuya «misma posición» procesal pasa a ser ocupada por la persona que le suceda, de manera que en el momento de su muerte la persona fallecida ha de tener la condición de parte, por haberse constituido válidamente con ella la relación jurídico procesal, lo que aquí no ha ocurrido, dada la expresada falta de capacidad para ser parte del demandado, muerto antes de la interposición de la demanda. No siendo posible en este caso la sucesión procesal a favor de dichos herederos, como reconoce la propia sentencia recurrida, la solicitud de la actora apelante de emplazarles, para seguir el procedimiento contra ellos, no basta para atribuirles la condición de parte demandada, ya que para ello hubiera sido necesario que la demanda, dirigida contra el fallecido, se hubiera formulado también contra ellos, teniendo en cuenta que esta modificación subjetiva de la demanda implica un nuevo fundamento o causa de pedir, basado en la mencionada transmisión «mortis causa» de la relación sustantiva objeto del proceso. Sin embargo, la

actora mantuvo la demanda en los mismos términos y sin alteración alguna frente al demandado fallecido, por lo que procede estimar la falta de legitimación pasiva formal de los apelados impugnantes, a los que, sin ser demandados, se les tuvo indebidamente como parte en virtud de dicha sucesión procesal.

El motivo de impugnación ha de ser, pues, estimado, lo que hace innecesario examinar la cuestión de fondo planteada en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, que, en consecuencia, debe ser rechazado de plano.

SEGUNDO.- También debe prosperar el motivo de impugnación formulado contra el pronunciamiento de la resolución de primera instancia que no hace imposición de costas a la demandante, en relación con la desestimación de la demanda dirigida contra los demandados absueltos en primera instancia, toda vez que la sentencia de Juzgado, aplicando erróneamente el art. 394.2 de la LEC, fundamenta la no imposición de costas, en la estimación parcial de la demanda, cuando lo cierto es que la demanda así planteada se ha desestimado, ahora por causa de inadmisión, por lo que debe aplicarse el principio del vencimiento del art. 394.1 de la LEC y condenar a la actora a pagar las costas causadas por dichos demandados en la primera instancia, procediendo revocar en este particular la sentencia apelada.

TERCERO.- La estimación de la impugnación y la desestimación del recurso determinan la condena de la apelante al pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia por su recurso, y la no especial imposición de las causadas por la impugnación (art. 398.1 y 2 LEC). VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Revocando en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 9 de A Coruña en el juicio ordinario num. 38/03, y estimando las excepciones de falta de capacidad para ser parte de D. Benjamín, y de falta de legitimación pasiva procesal de Dña. Melisa, y de D. Benjamín y Dña. Pilar, debemos inadmitir la demanda dirigida contra ellos, condenando a la parte actora a pagar las costas procesales causadas en la primera instancia por dichos demandados, manteniendo en todo lo demás el fallo apelado, sin hacer especial imposición de las costas procesales de la impugnación formulada en la presente instancia, y condenando a la apelante al pago de las causadas por su recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe

B) *Capacidad procesal* (Sentencia Audiencia Provincial de Castellón núm. 76/2008 (Sección 2), de 15 de mayo)

Recurso de Apelación núm. 20/2008.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco.

CAPACIDAD DE LAS PERSONAS: INCAPACITACIÓN: CURATELA: ampliación de las funciones establecidas en sentencia en favor de la entidad encargada de ella y promotora del expediente: extensión y límites.

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón de La Plana estima en parte el recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada, en fecha 20-09-2007, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Villarreal, en autos sobre incapacidad, revocando parcialmente la meritada Resolución.

En la Ciudad de Castellón de la Plana, a 15 de mayo de dos mil ocho.

La SECCION SEGUNDA de la Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los Ilmos. Señores anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra sentencia de fecha 20-09/07 dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villarreal en autos de incapacidad seguidos en dicho Juzgado con el número 207 de 2007 de registro.

Han sido partes en el recurso, como APELANTE, el demandante Consellería Bienestar Social representada y defendida por la Letrado Sra. Maria Dolores Garcia Mendez y como APELADO el demandado Guillermo representado por el Fiscal D. Antonio Llusar y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JOSÉ LUIS ANTÓN BLANCO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El fallo de la sentencia apelada literalmente dice:»Que DESESTIMO INTEGRAMENTE la petición derevisión del alcance de la incapacidad de D. Guillermo con DNI NUM000, rigiéndose el mismo de igual forma a la ya establecida en virtud de Sentencia de fecha 27 de julio de 2004, recaída en el procedimiento seguido al efecto con el número 443/04, la cual se mantiene íntegramente y sin variación».

SEGUNDO Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la Consellería de Bienestar Social se interpuso recurso de apelación contra la misma, y admitido que fue el recurso se dio traslado a la parte adversa quien lo impugnó, remitiéndose las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial correspondiendo por normas de reparto a esta Sección Segunda, donde se designó Ponente y se señaló para la deliberación y votación del mismo el día 15-05/08 en el que ha tenido lugar.

TERCERO En la tramitación del juicio se han observado en ambas instancias las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan parcialmente los de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los siguientes:

PRIMERO Frente a la sentencia que viene a desestimar la petición de declarar la incapacidad total de D. Guillermo quien ya antes estaba declarado parcialmente incapaz por sentencia de 27 de julio de 2004, se alza la propia entidad promotora del expediente a su vez encarga de la curatela del Sr. Guillermo, insistiendo en la necesidad de ampliar las funciones limitadas

de la curatela en la sentencia anterior, a fin de que se pueda intervenir en la vida personal y económica del Sr. Guillermo, de quien en síntesis se dice que hace dispendio de sus recursos económicos, llevando un régimen de vida descontrolado y alejado de las reglas de orden en áreas alimenticias, sanitarias y habitacionales, siendo diabético sin seguir régimen alimenticio alguno y observar normas sanitarias y de elemental higiene.

El fiscal se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO Vistas por la grabación en CD las pruebas desarrolladas en el juicio de primera instancia, y reproducidas nuevamente en esta segunda instancia las obligatorias en los términos del art. 759 de la LECIV (RCL 2000\34, 962), parece evidente que el Sr. Guillermo no tiene anuladas sus facultades mentales, pero sí afectadas o disminuidas por el retraso mental moderado que le impiden en igual grado –moderado o ligero– gobernarse por sí mismo.

En la exploración el Sr. Guillermo ha manifestado cierta pobreza o limitación mental, pero posee conocimiento elementales suficientes para gobernarse limitadamente en lo relativo a decisiones sencillas y de discreta importancia, más es cierto que no puede tomar decisiones relevantes, ni en lo personal, como en cuestiones sobre sus hábitos alimenticios y la elaboración de la dieta que le conviene por su diabétes, ni en cuestiones de cuidado personal en materia de higiene y sanitaria, ni en lo económico, puesto que maneja sendas pensiones que le reportan más de 800 euros al mes (al margen de las extras) haciendo un pródigo uso del dinero que maneja alegremente y sin control –por lo que el movimiento de cuentas refleja– ocultando en qué lo gasta.

Efectivamente el Sr. Guillermo falta a la verdad en lo relativo a sus numerosas disposiciones de dinero o gastos, pues no es posible cuadrar las cuentas con los escasos gastos fijos que manifiesta tener. A no ser que alguien esté disponiendo de su dinero sin él advertirlo, cuando en ese caso debiera haberlo detectado.

Dada la testifical de la psicóloga D^a Elisa y D^a Trinidad, la vida desorganizada del Sr. Guillermo le supone un peligro dado su excesivo peso (obesidad mórbida), su condición de diabético y su retraso mental que le impide tomar conciencia de los hábitos que su salud precisa y que le ha llevado un notable descontrol, dejándose acompañar de «amigos» que en nada le benefician y que, al contrario, se aprovechan de él; y aunque el Sr. Guillermo lo niega, por el nivel de gastos inexplicados que este mantiene, es evidente que el Sr. Guillermo oculta el destino del dinero que tan frecuentemente extrae de la C/C de la Caja Rural. Se percibe que él Sr. Guillermo puede realizar cálculos fáciles con el dinero y tareas sencillas y vivir con más o menos independencia con medios protectores, pero resulta incapaz para gobernar bienes e incluso su persona (sin duda muy influenciable y de fácil engaño, como refieren las testigos) en un medio social normal.

Es, en fin, el caso del Sr. Guillermo el de un retraso mental leve que al considerarse permanente e irreversible anula parcialmente la capacidad de autogobierno de la persona y bienes, por lo que debe mantenerse el pronunciamiento relativo a su incapacidad parcial, sin embargo su extensión y límites quedaran concretados en la parte dispositiva por exigirlo así el art. 210 del C.C (LEG 1889\27)., debiéndose reconocer como régimen mas adecuado para controlar y encauzar su voluntad y complementar sus deficiencias, el ya dispuesto en la sentencia de 2004 de la curatela regulado en los arts 286 y ss. C.C pero con mayores funciones de control sobre el parcial incapaz, al haberse puesto de manifiesto la insuficiencia de la intervención entonces asignada a la curatela.

TERCERO Se determina la extensión y límites de la curatela en el sentido de controlar con la debida asistencia y a su vez autorización judicial en los actos referidos en el art. 271 CC (LEG 1889\27).

Más la curatela administrará los ingresos y pensiones que percibe el Sr. Guillermo, debiendo concurrir (autorizar) con él para perfeccionar cualquier negocio o contrato o realizar gastos

que no sean de los denominados «de bolsillo», siendo estos aquellos que sean de pequeña o insignificante cuantía. Al Sr. Guillermo se le entregará por la curatela con cargo a su pensión una asignación semanal de 60 euros para tales gastos libres, al margen de otros extraordinarios que puedan resultar convenientes a juicio del curador, como por ej. para comida indicada, medicamentos, ropa, etc.

En todos los pagos sobre el alquiler de la vivienda y suministros que deba realizar el Sr. Guillermo deberá tener intervención concurrente el curador, verificando las cuentas sobre pagos hechos por el Sr. Guillermo en los dos últimos años a fin de verificar que no hay sido objeto de abusos o víctima de engaño digno de denuncia.

En el caso de que el Sr. Guillermo no permitiere la supervisión de su forma de vida y no modificare en medio plazo sus hábitos de cara a observar una alimentación e higiene correcta, con la debida prueba podrá interesarse la autorización judicial para que pase a vivir en vivienda tutelada.

CUARTO No se hace pronunciamiento en cuanto a costas de alzada (398 LECIV)

FALLAMOS

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana contra la sentencia de 20 de septiembre de 2007 del Juzgado de I^a Instancia núm. 2 de Villarreal dada en el J. sobre Incapacidad núm. 207/07, revocando parcialmente la misma en el sentido de ampliar las funciones de la curatela establecida en sentencia de 27 de julio de 2004, en el sentido expuesto en el fundamento 3^o de esta resolución.

No existe pronunciamiento condenatorio en cuanto a costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cuestiones

1. Diferencias entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal.
2. Explica los supuestos contemplados en los que se prevé la falta de capacidad procesal.
3. ¿Cómo puede apreciarse la falta de capacidad?

Lección 4.^a La legitimación

Legitimación

- La **legitimación** se refiere a quién debe o puede ser parte en un proceso concreto. Estamos ante la legitimación **ordinaria** para referirnos a quien afirma ser titular del derecho o interés debatido en el proceso, mientras que la legitimación **extraordinaria** da entrada en el proceso a quien no es titular del derecho o interés (art. 10 LEC).
- La **legitimación ordinaria** puede ser, según las relaciones jurídicas: *a*) activa, quien afirme ser titular de un derecho subjetivo o interés; o *b*) pasiva, frente a quien se pretende o a quien se imputa una obligación; teniendo en cuenta la titularidad de la relación, se diferencia entre: *a*) originaria, pues demandante y demandado son los sujetos originarios del derecho y la obligación, de los que nació la relación jurídica; y *b*) derivada, donde uno de los dos comparece en el proceso como titular de un derecho u obligación, que originariamente pertenecía a otra persona. Por último, hay determinadas situaciones jurídicas en las que la ley determina qué posición debe ocupar una persona para que esté legitimada (art. 757.1 LEC).
- En la **legitimación extraordinaria** estamos ante una atribución expresa de legitimación por la ley, y se otorga para proteger un interés privado, social o público (art. 10, II LEC).
- **Tratamiento procesal:** la falta de legitimación deberá tenerse en cuenta de oficio, pero, evidentemente, sin perjuicio de las alegaciones que pudiera hacer el demandado. El principal problema que aparece es que la LEC no hace referencia a todos los supuestos de legitimación. Se configura como una excepción procesal (art. 425 LEC), de modo que el momento en el que debe apreciarse es la audiencia previa en el proceso ordinario y la vista en el juicio verbal.

Pluralidad de partes

- Existe un proceso único con **pluralidad de partes** cuando dos o más personas se constituyen en él, en la posición activa o pasiva, estando legitimadas para ejercitar una única pretensión o para que se ejercite contra ellas. Ante el planteamiento de una sola pretensión, el Tribunal debe dictar una sentencia única que afectará a todas las personas. Dentro de este fenómeno hay que atender a las siguientes posibilidades: **1.** Pluralidad de partes necesaria: Litisconsorcio necesario. **2.** Pluralidad de partes eventual: *a*) Legitimación ordinaria: **1)** Originaria: Litisconsorcio cuasi-necesario; **2)** Sobrevenida: Intervención litisconsorcial; *b*) Legitimación extraordinaria: Intervención adhesiva simple.

- **Litisconsorcio necesario:** Son aquellos casos en que la legitimación para pretender o resistir se concede a varias personas conjuntamente, de forma que todas deben ser demandantes o demandadas.
- **Litisconsorcio cuasi-necesario:** La pluralidad de partes es eventual y originaria cuando la legitimación activa y/o pasiva corresponde a varias personas, pero no de manera necesariamente conjunta. Se trata de supuestos en los que podría haber solo una persona en cada posición, pero en el caso de que más de una demande o sea demandada, han de hacerlo conjuntamente.
- **Intervención litisconsorcial:** Ante un proceso iniciado por las partes que han afirmado y frente a las que se ha afirmado la titularidad de la relación jurídica, puede aparecer un hasta entonces tercero, que afirma que es cotitular de tal relación. Si bien este podía haber entrado en el proceso desde su inicio, no era necesario o imprescindible, pero desde el momento en que afirme tal cotitularidad entra en el proceso como parte, ocupando la posición que le corresponda, ejercitando o defendiendo sus propios derechos o intereses, pero no en una pretensión distinta de la que ya se está ejercitando.
- **Intervención adhesiva simple:** En este caso el interviniente no afirma la cotitularidad de la relación deducida en el proceso, sino que afirma la titularidad de otra relación jurídica que depende de la primera, por lo que la decisión que se adopte en el proceso será un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la otra relación. Esta intervención presupone la eficacia refleja de la cosa juzgada.
- **Intervención provocada:** A diferencia de las anteriores intervenciones, donde el tercero interviene en el proceso por voluntad propia, en la intervención provocada, la iniciativa de la misma está en una de las partes del proceso; de ahí que reciba tal denominación. Los supuestos de intervención provocada son la llamada por causa común, la llamada en garantía, la *nominatio auctoris* y la llamada al tercero pretendiente.

Sucesión procesal

- La **sucesión procesal** supone el cambio en el proceso de una parte por otra persona, en la misma posición, por convertirse esta en titular de la posición habilitante para formular la pretensión o que se formule frente a ella. Supuestos: 1) Muerte de la persona física; 2) Fusión o absorción de las personas jurídicas; 3) Transmisión *inter vivos* de la cosa litigiosa.

Caso docente núm. 4. A) *Litisconsorcio pasivo necesario* (Sentencia Tribunal Supremo núm. 459/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 30 de mayo); B) *Intervención litisconsorcial e intervención adhesiva simple: diferencias* (Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 604/2005 (Sección 5), de 24 de noviembre; C) *Intervención provocada: concepto y supuestos* (Sentencia Audiencia Provincial Pontevedra núm. 74/2008 (Sección 1), de 31 de enero)

A) *Litisconsorcio pasivo necesario* (Sentencia Tribunal Supremo núm. 459/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 30 de mayo)

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 249/2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: EXISTENCIA: acción reivindicatoria: acción no dirigida contra los actuales titulares registrales, cuya presencia resulta imprescindible máxime cuando también se interesaba la cancelación parcial de la vigente inscripción registral.

El Tribunal Supremo **declara no haber lugar** al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 03-11-2000 dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid.

En la Villa de Madrid, a treinta de mayo de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación núm. 0249/2001 contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2000, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, rollo 392/98 (PROV 2001\ 105975), como consecuencia de autos de menor cuantía 718/96, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid, el cual fue interpuesto por Don Fernando, Doña Alejandra y Doña Filomena, representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Pilar López Revilla, siendo partes recurridas, el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, comparecido a través del Procurador de los Tribunales Don Felipe Juanas Blanco, y la JUNTA DE COMPENSACIÓN ARROYO DEL FRESNO, representada por el Procurador Don José Granda Molero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid fueron vistos los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía núm. 718/96, promovidos a instancia de Don Fernando, Doña Alejandra y Doña Filomena, contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID Y LA JUNTA DE COMPENSACIÓN ARROYO DEL FRESNO, en ejercicio de acción reivindicatoria y de cancelación de inscripción registral contradictoria. La parte actora formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho se dictara sentencia «por la que estimando la demanda en todas sus partes, se declare haber lugar a la acción reivindicatoria ejercitada y se condene solidariamente a los demandados:

A restituir a los representados las fincas o parcelas de terreno de su propiedad, situada en el que fue Término Municipal de Fuencarral, al sitio de la Cruz del Cura con una extensión dentro de sus linderos de cuatro mil doscientos ochenta metros cuadrados, cuyas fincas, desde tiempo inmemorial constituyen la parcela NUM000 del Polígono NUM001 del Avance Catastral en el Término Municipal de Fuencarral, pasando posteriormente a pertenecer al Término Municipal de Madrid capital, que los identificó como solares números NUM002 y NUM003.

Así mismo se acordará la cancelación parcial de la inscripción causada en el Registro de la Propiedad núm. 35 de Madrid de la parcela resultante con la numeración que le corresponda en la que está comprendida la finca propiedad de mis representados».

Admitida a trámite la demanda, la JUNTA DE COMPENSACIÓN ARROYO DEL FRESNO compareció en debida forma y contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas de contrario, tanto por razones procesales, planteando, con carácter previo, las excepciones de falta de legitimación pasiva, falta de litisconsorcio pasivo necesario, y defecto legal en el modo de proponer la demanda, como sustantivas o de fondo, en relación con el cual alegó cuantos hechos y fundamentos de derecho estimaba de aplicación, suplicando al Juzgado «se dicte sentencia por la que estimando alguna o todas las excepciones propuestas falta de litisconsorcio pasivo necesario, falta de legitimación pasiva y defecto legal en el modo de proponer la demanda, se desestime la misma sin entrar en el fondo del litigio y, subsidiariamente, se desestime íntegramente la demanda por no concurrir los requisitos necesarios para la eficacia de la acción reivindicatoria ejercitada, con expresa imposición de costas a la parte demandante».

En el trámite de contestación el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID se opuso igualmente a las pretensiones formuladas de contrario, esgrimiendo en el plano procesal las excepciones de falta de jurisdicción, falta de legitimación pasiva y falta de litisconsorcio pasivo necesario, y en cuanto al fondo, los hechos y fundamentos jurídicos que consideraba aplicables, suplicando el dictado de una sentencia «por la que, acogiendo por su orden las excepciones planteadas, declare la inadmisión de la misma o, en su caso, la desestime íntegramente, con condena en costas a los actores».

Al tiempo de la comparecencia no se resolvió sobre las excepciones referidas, quedando unida a los autos (folios 207 a 209) la nota presentada por el actor contestando a las excepciones opuestas de contrario, incluyendo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario esgrimida por ambos demandados, que entendía improsperable.

Con fecha 18 de febrero de 1999 el Juzgado número 9 de Madrid dictó sentencia en Primera Instancia, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO:

Que acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en la presente litis promovida por la Procuradora Doña MARÍA DEL PILAR LÓPEZ REVILLA, en nombre y representación de Doña Alejandra, D. Fernando y Doña Filomena, contra la JUNTA DE COMPENSACIÓN ARROYO DEL FRESNO y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID (GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO), debo absolver como absuelvo en la instancia dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. Se imponen las costas causadas a la parte actora».

SEGUNDO Contra esta sentencia la parte actora interpuso recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos y, sustanciado el mismo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, dictó sentencia con fecha 3 de noviembre de 2000 (PROV 2001\ 105975), cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por representación procesal de D^a Alejandra, D. Fernando y D^a Filomena, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 9 de Madrid, con fecha 18 de febrero de 1998, en los autos de que dimana este rollo, CONFIRMAMOS la expresada resolución, imponiendo a los mencionados apelantes las costas causadas en esta alzada».

TERCERO La Procuradora de los Tribunales Doña Pilar López Revilla, en representación de la parte actora y apelante, D^a Alejandra, D. Fernando y D^a Filomena, formalizó ante esta Sala Primera el presente recurso de casación, que funda en CUATRO motivos, con el siguiente tenor literal:

«Primero.- Fundamentado en el núm. 3 del art. 1692 de la LECIV (LEG 1881\ 1) por infracción de los criterios Jurisprudenciales sobre el Litis Consorcio Pasivo Necesario, contenidos entre otras muchas en Sentencias de 3 de julio de 1964, 10 de marzo de 1973 y 4 de noviembre de 1999.

Segundo.- Fundamentado en el núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de derecho en la apreciación de la prueba que causa infracción del art. 348 del Código Civil (LEG 1889\ 27) en relación con el art. 1214 del mismo Cuerpo Legal y de la doctrina jurídica contenida entre otras muchas Sentencias de 24 de junio de 1966, 6 de julio de 1982 y 18 de octubre de 1998 SIC, y de los criterios jurisprudenciales consagrados –números 4 y 6 del art. 1º del Código Civil– sobre el principio general de derecho nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.

Tercero.- Fundamentado en el núm. 4 del art. 1692 de la LECIV por infracción del art. 348 párrafo segundo del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta citando entre otras muchas las Sentencias de 24 de diciembre de 1901, 21 de junio de 1955, 29 de mayo de 1965 y 12 de junio de 1982 (RJ 1982\ 3417), y el art. 159.2 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 (RCL 1992\ 1468 y RCL 1993, 485).

Cuarto.- Fundamentado en el núm. 4 del art. 1692 de la LECIV por infracción por falta de aplicación de los arts. 24.1 en relación con art. 33 de la Constitución Española (RCL 1978\ 2836), art. 38 párrafo primero de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\ 886) y art. 348 y 349 del Código Civil (LEG 1889\ 27)».

CUARTO Admitido el recurso formulado, se evacuó traslado para impugnación con las partes recurridas comparecidas JUNTA DE COMPENSACIÓN ARROYO DEL FRESNO Y EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID (GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO), presentando a tal efecto sendos escritos de fecha 2 de marzo de 2004, en los que terminaban suplicando a la Sala que se desestimara el recurso interpuesto, condenando en costas a los recurrentes.

QUINTO Al no haberse solicitado la celebración de vista pública por todas las partes personadas, se señaló para votación y fallo el día 8 de mayo de 2008, en que ha tenido lugar. Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Los actores y apelantes, Alejandra, Fernando y Filomena, combaten ahora en casación la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la del Juzgado, que acordó absolver en la instancia a los demandados, JUNTA DE COMPENSACIÓN ARROYO DEL FRESNO Y EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID (GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO), tras acoger la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario opuesta al contestar a la demanda, dejando imprejuzgadas las acciones ejercitadas, reivindicatoria y de cancelación parcial de inscripción registral contradictoria.

En síntesis la Audiencia considera que la relación procesal no había sido adecuadamente constituida por los actores, pues, siendo uno de los requisitos de prosperabilidad de la acción reivindicatoria que la demanda se promueva contra el demandado poseedor, sin embargo fueron demandados quienes no eran titulares ni poseedores de la finca reivindicada, sin traer a juicio a los actuales titulares registrales, cuya presencia resulta imprescindible máxime cuando también se interesaba la cancelación parcial de la vigente inscripción registral.

SEGUNDO En el primer motivo casacional, con apoyo procesal en el ordinal 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881\ 1), se invoca la infracción «de los criterios Jurisprudenciales sobre el Litis Consorcio Pasivo Necesario, contenidos entre otras muchas en Sentencias de 3 de julio de 1964, 10 de marzo de 1973 y 4 de noviembre de 1999», defendiendo los recurrentes, en contra del criterio plasmado en la Sentencia recurrida, que la litis sí se constituyó adecuadamente, y que se promovió contra los únicos que se encontraban pasivamente legitimados, la Junta de Compensación que adquirió la propiedad de los terrenos a cambio de precio y la administración local, como entidad tutelar, careciendo sin embargo de interés la presencia en el pleito de quienes se limitaron a aportar la finca reivindicada, no sólo porque ya fueron compensados por la Junta al transmitir la titularidad del inmueble, sino también porque, en cualquier caso, fue la Junta la que protagonizó una conducta negligente consistente en no comprobar que los actores eran los que ostentaban la titularidad registral desde al menos 10 años antes, y marginarlos a favor de quienes presentaron como título una simple certificación catastral. En resumen, todo el discurso de los recurrentes trata de convencer a la Sala de que la relación jurídico procesal se constituyó en forma adecuada, por bastar la presencia en el proceso de los demandados para el dictado de una sentencia sobre el fondo que dilucidara las pretensiones ventiladas en la demanda, reivindicatoria y de cancelación parcial de la inscripción causada a favor de terceros, argumentando en apoyo de esa tesis que los actores no estaban obligados demandar a los titulares registrales, desde el momento que dicha situación tabular, contradictoria con la situación dominical defendida en la demanda, trae causa de la negligencia cometida por la Junta, que por ello es a la que ha de exigírsele responsabilidad por los actores perjudicados.

El motivo se rechaza, porque dicho planteamiento soslaya el verdadero objeto del pleito, constituido, en esencia, por una acción reivindicatoria de dominio contradictoria respecto del inscrito, cuya eventual estimación trae consigo la cancelación parcial de la titularidad registral contradictoria con la afirmada, aún sin necesidad de la petición expresa que contiene el suplico (Sentencia de 27 de febrero de 1995 [RJ 1995\ 1650], con cita de las de 19 de febrero de 1970 [RJ 1970\ 936], 24 de abril de 1991 [RJ 1991\ 3024], 30 de septiembre de 1991 [RJ 1991\ 6076], 6 de marzo de 1992 [RJ 1992\ 2396], 30 de septiembre de 1992 [RJ 1992\ 7418] y 3 de noviembre de 1993 [RJ 1993\ 8962]), no constituyendo por tanto materia litigiosa, a pesar de las manifestaciones al respecto que se contienen en este primer motivo, ni la posible responsabilidad de la Junta o de la administración municipal, ni el resarcimiento de los posibles perjuicios ocasionados, por más que ahora los recurrentes aludan a estas cuestiones. Dicho lo anterior, al depender el éxito de la acción reivindicatoria, entre otros requisitos, de la perfecta identificación de la finca reclamada, no debe ignorarse que, superando las dificultades que para esa perfecta identificación existen en este caso, inherentes a la antigüedad de los terrenos, consta en la sentencia recurrida que los demandantes lograron concretar las parcelas reivindicadas, por referencia expresa a las incluidas en los números NUM004 y NUM005 del Polígono NUM006 del Catastro, parcelas que traían causa de la finca NUM000 del Polígono NUM001 del Avance Catastral, mencionada en la Cédula de propiedad de su abuelo, siendo ratificada esta situación por los informes obrantes en autos. A mayor abundamiento, los recurrentes vuelven a insistir en el escrito de interposición del recurso (antecedente Segundo) que la finca matriz, parcela núm. NUM000 del Polígono NUM001 del Avance Catastral, se corresponde con las parcelas ubicadas en zona urbana señaladas con los números NUM004 y NUM005 de Polígono NUM006 del Catastro Topográfico Parcelario. Siendo por tanto incuestionable que la acción apunta a dichas parcelas, a la hora de apreciar si la litis se encuentra bien constituida no puede tampoco olvidarse que las mismas ya aparecían inscritas en el Registro

«a favor de personas concretas» al tiempo de formularse la demanda (parcela NUM004 del Polígono NUM006 del Catastro, finca núm. NUM007 del Proyecto de Compensación, a los herederos de Don Luis María; parcela NUM005, finca NUM008, a los hermanos Armando) por lo que la decisión adoptada por la Audiencia de declarar incorrecta la formalización de la litis es plenamente ajustada a derecho al ser doctrina constante, plasmada en Sentencias de esta Sala de 27 de enero de 2006 (RJ 2006\ 423), 4 de noviembre de 2002 (RJ 2002\ 9630), 2 de abril (RJ 2003\ 3000) y 18 de junio de 2003 (RJ 2003\ 5647), entre otras muchas, que «La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino además por incompatibles», doctrina claramente aplicable desde el momento en que no puede acogerse una acción que se reivindica el dominio de inmuebles que constan inscritos en el Registro a favor de terceros sin antes traerlo al proceso, puesto que los titulares registrales se encuentran amparados por el principio de legitimación a que alude el art. 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\ 886), y el asiento respectivo a su favor, bajo la salvaguarda de los Tribunales, precisándose su presencia en el pleito, y una verdadera oportunidad de ser oídos en defensa de su derecho, para que pueda prosperar la pretensión formulada en su contra por quien se dice propietario de mejor derecho en la realidad extrarregistral.

A estos efectos, y al margen de la literalidad del motivo esgrimido –improcedencia de aplicación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario– resulta ineludible tener en cuenta el requisito de la acción reivindicatoria referido a la posesión del bien por el demandado.

La jurisprudencia de esta Sala establece lo siguiente: En sentencia de 23 de septiembre de 1958: «dada la naturaleza de la acción reivindicatoria jamás puede prosperar si no se cumple el requisito de hallarse la cosa en la posesión o tenencia de aquel a quien se demanda, pues en caso contrario, no puede ser condenado a la entrega de lo que no posee»; y en Sentencia de 16 de julio de 1997 (RJ 1997\ 6017): «la acción reivindicatoria se plantea frente a quienes son los actuales poseedores a título de dueño de los terrenos reivindicados, por lo que en nada afecta dicha acción a los poseedores anteriores que, en el peor de los casos, podrán tener que responder frente a los demandados por las porciones transmitidas a los mismos, pero no frente al actor que ninguna relación contractual ha tenido con ellos». En parecidos términos la Sentencia de 18 de julio de 1969.

La desestimación del presente motivo lleva consigo el rechazo de los restantes, dirigidos a sostener la acción ejercitada en la demanda sobre la base de estar la relación jurídica perfectamente constituida, lo que, por las razones expuestas, no es así.

TERCERO Conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881\ 1), procede la imposición del pago de costas causadas en este recurso a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legalmente establecido.

FALLAMOS

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Alejandra, D. Fernando y D^a Filomena contra la sentencia dictada

en grado de apelación, rollo 392/98, por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 3 de noviembre de 2000 (PROV 2001\ 105975), que se confirma, con imposición del pago de costas causadas en este recurso a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido, al que deberá darse el destino legalmente establecido.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jesús Corbal Fernández. Vicente Luis Montés Penadés. Clemente Auger Liñán. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

B) *Intervención litisconsorcial e intervención adhesiva simple: diferencias* (Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 604/2005 (Sección 5), de 24 de noviembre

Jurisdicción: Civil
Recurso de Apelación núm. 439/2005.
Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mónica García de Yzaguirre.

SENTENCIA 604

Ilmos. Sres.
Presidente:
D. Carlos Augusto García van Isschot Magistrados:
Dª. Mónica García de Yzaguirre (Ponente) D. Julio Manrique de Lara Morales

En Las Palmas de Gran Canaria , a 24 de noviembre de 2005.

VISTO, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN QUINTA , el recurso de apelación admitido a la parte demandada , en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 2 DE SANTA MARÍA DE GUÍA DE GRAN CANARIA de fecha 18 de enero de 2005 , instada esta apelación a instancia de COMUNIDAD DE REGANTES DE SAN ANDRÉS representada por el Procurador D. Jorge Cantero Brosa y dirigido por el Letrado D. Yeray Figueras Estévez , contra Dña. Valentina y Don Juan María representados por el Procurador D. Alfredo Crespo Sánchez y dirigidos por el Letrado D. Cosme Suárez Santana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada dice: «Estimar parcialmente la demanda interpuesta por Dª Valentina y Dº Juan María, representados por Dª Taida Hernández Rodríguez, Procuradora de los Tribunales, contra la COMUNIDAD DE REGANTES DE SAN ANDRÉS,

DECLARANDO:

.- la obligación de la comunidad de regantes demandada de reintegrar de inmediato el terreno cedido a través del citado documento a su titular Dº Juan María, para su sociedad legal de

gananciales, tapando el pozo a su costa y dejando a beneficio de la propiedad las restantes obras en él realizadas.

Así mismo se impone a cada una de las partes el pago de las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas que en su caso , deberá ser interpuesto ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a su notificación.

Expídase testimonio de esta resolución que quedará unido a los autos, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias Civiles.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.»

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose solicitado prueba, se señaló para estudio, votación y fallo el día 15 de septiembre de 2005 .

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es ponente de la sentencia la Iltma. Sra Dña. Mónica García de Yzaguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en la primera instancia se alza la representación de la demandada Comunidad de Regantes de San Andrés por entender que la sentencia recurrida infringe el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que preceptúa que las sentencias han de ser congruentes con la demanda y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Estima la parte apelante que el defecto de incongruencia se produce cuando el fallo de la correspondientes sentencia no se acomoda a los términos de la súplica de la demanda y lo que no se puede es modificar ni alterar la causa petendi o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas.

Los antecedentes necesarios para la comprensión del objeto del recurso y que relata la parte en su escrito son los siguientes:

- Doña Valentina, actuando por sí y en interés de la Comunidad Hereditaria de su fallecida madre, formuló demanda contra la Comunidad de Regantes de San Andrés en la que terminó suplicando que en su día se dicte sentencia por la que se declare:

- a) La plena validez y eficacia entre las partes del documento privado de 5 de marzo de 1949, que vincula a los litigantes y a la comunidad hereditaria de Doña Carla, al haberse constituido, respectivamente, en las posiciones de cedente y cesionario.
- b) La obligación de la comunidad de regantes demandada de reintegrar de inmediato el terreno cedido a través del citado documento a los titulares del mismo, tapando el pozo a su costa y dejando a beneficio de la propiedad las restantes obras en él realizadas.

Manifiesta la parte apelante en su escrito que ya en su contestación a la demanda la Comunidad de Regantes opone en primer término la falta de legitimación activa en la demandante al no existir la Comunidad hereditaria. Sin embargo lo cierto es que a lo largo del escrito de contestación en ningún momento se utilizan las palabras «falta de legitimación activa» ni se manifiesta que se formule dicha excepción. Lo que realmente contiene la contestación a la

demanda formulada por la Comunidad de Aguas de San Andrés es la alegación de la improcedencia de la petición contenida en el apartado *a)* de la demanda sobre la base de la inexistencia de la comunidad hereditaria de doña Carla, por cuanto se pone de manifiesto que la comunidad se extinguió al haberse realizado la partición mediante adjudicación de bienes a los sucesores, y se invoca el propio documento 1 aportado por la demandante que consiste en la hijuela en favor de la actora que alude al acta de partición de fecha 21 de septiembre de 1956.

Por lo que respecta al apartado *b)* del suplico se dice en la contestación a la demanda que existe una indeterminación en cuanto a «los titulares del mismo» y si se relaciona con el anterior pedimento sería la comunidad hereditaria inexistente.

Como relata la parte apelante en su escrito de recurso, Don Juan María, al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se persona en juicio mediante escrito presentado el 19 de julio de 2004, con idéntica representación y defensa que su hermana, y su representación deja claro «Que consciente, pues, de que su inactividad podría acaso redundar en daño de sus copartícipes en el pozo, D. Juan María ha tenido como indispensable adherirse a este procedimiento para sostener idéntica reclamación a la de su hermana y, SUBSIDIARIAMENTE para instar que, en el supuesto de que se entienda formalmente extinguida una comunidad cuya existencia todos los integrantes reconocen, se integre como parte de los pedimentos de la demanda, tanto por razones de lealtad como de mera economía procesal el siguiente:

La obligación de la comunidad de regantes demandada de reintegrar de inmediato el terreno cedido a través del citado documento a su titular D. Juan María para su sociedad legal de gananciales, tapando el pozo a su costa y dejando a beneficio de la propiedad las restantes obras en él realizadas.»

En consecuencia el interviniente solicita se dicte sentencia estimatoria de la demanda inicial y, subsidiariamente, se declare la obligación de la Comunidad de Regantes en los términos expuestos y remarcados en negrita en el párrafo anterior.

La sentencia de primera instancia objeto del recurso estima parcialmente la demanda y declara la obligación que con carácter subsidiario había solicitado don Juan María.

En razón a lo expuesto la parte apelante estima que tal pedimento subsidiario no ha sido objeto de la demanda, sino que se contiene en el escrito presentado por Don Juan María al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estima la recurrente que la intervención de Don Juan María como demandante no puede mantener ninguna pretensión distinta de la ejercitada en la demanda, pues el artículo 13.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que «podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule», condicionando es último supuesto a «si tuviese oportunidad procesal para ello», oportunidad que, como demandante, a juicio de la parte recurrente, sólo existiría en el trámite de demanda y no una vez ésta fuere contestada, pues ya que no habría términos hábiles previstos para una nueva contestación.

Esta fue la postura mantenida por la parte apelante Comunidad de Regantes San Andrés al evacuar el traslado que le fue conferido conforme al artículo 13.2 a través de escrito presentado el 28 de julio de 2004, en el que manifestó lo siguiente: «En consecuencia, esta parte nada opone a que Don Valentina defienda las pretensiones formuladas por su litisconsorte, único ámbito de intervención del mismo y, por consiguiente, sin que pueda plantear peticiones subsidiarias como se pretende.»

Por auto de 5 de octubre de 2004 se acepta la intervención de Don Juan María como demandante en el presente procedimiento, en los términos previstos en el artículo 13 de la LEC, reanudándose la Audiencia Previa, para lo que se cita a las partes.

En el acta de la Audiencia Previa celebrada el día 27 de octubre de 2004 comparece la Procuradora y Letrado de ambos demandantes, y la Procuradora y Letrado de la parte demandada hoy recurrente, y no consta ninguna cuestión que se hubiere opuesto en dicho acto por la parte demandada respecto de la legitimación del interviniente o respecto de la aclaración del petítum de la demanda.

Insiste el recurrente que el traslado conferido a esa parte ha sido únicamente el previsto en el artículo 13.2 de la LEC para admitir la intervención interesada por Don Juan María, y que se contestó admitiendo que defendiera las pretensiones formuladas por su litisconsorte sin que pudiese plantear pretensiones subsidiarias como se pretendía. En el fallo de la sentencia recurrida, manifiesta la apelante, se indica que se declara la obligación de su representada de reintegrar el terreno a su titular Don Juan María, al estimar parcialmente la demanda interpuesta por Doña Valentina, pero insiste la parte en que en la demanda de Doña Valentina no se encuentra este pedimento y los que formulara fueron desestimados en el fundamento tercero párrafo último de la sentencia, por lo que no existe a su juicio estimación parcial de la demanda, y sí desestimación total de la misma, y por ello conforme al artículo 394 de la LEC habría que imponérsele el pago de las costas.

Concluye la representación de la Comunidad de Regantes que por lo que se refiere a que se estima parcialmente la demanda de Don Juan María, constituye una incongruencia porque no existe a su entender demanda interpuesta por dicho señor, ya que no estima pueda considerarse como tal la petición que realizara para intervenir en el procedimiento, independientemente a que no existió traslado a esta parte para contestar en relación a esa improcedente «nueva pretensión» ya que el único traslado insiste en que fue la de su admisión como litisconsorte, colocándole por tanto en una situación de indefensión proscrita por el artículo 24 de la Constitución. Por ello solicita la revocación de la sentencia dictada por la incongruencia que se denuncia, con imposición de las costas a la demandante y a su litisconsorte, pues, añade la recurrente, la intervención de este no es adhesiva sino principal, o sea, plantea una nueva pretensión conexa a la deducida en el juicio pero incompatible con la misma que afirma no tiene cabida en el artículo 13 de la LEC, sino que dicha pretensión ha de ser objeto de otro proceso posterior en el que los litigantes del primero pasan a ser demandados frente al interviniente que se convierte en actor.

SEGUNDO.- La Ley de Enjuiciamiento Civil regula en su art. 13 de modo novedoso la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. A tenor de su apartado 1, párrafo primero «mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito». Dentro de la intervención voluntaria la doctrina viene distinguiendo dos tipos, la litisconsorcial y la simple. En la primera, el tercero es titular del derecho u obligación discutida en el proceso pero su participación en el mismo no es necesaria al existir una norma jurídica que excluye un litisconsorcio pasivo –o activo– necesario como en el caso de los deudores solidarios.

En la segunda, el tercero es titular de un derecho distinto al discutido que depende en su existencia o contenido del debatido, de forma que interviene defendiendo un derecho ajeno.

No parece que existan obstáculos para la inclusión en el art. 13 LEC de las dos modalidades de intervención adhesiva siempre que se entienda que el «interés directo y legítimo» a que alude es equiparable al «interés jurídico» pues, en caso contrario, el término «directo» impediría dar entrada a la intervención adhesiva simple en la que el tercero sólo de modo reflejo o indirecto se verá afectado por la sentencia que recaiga.

Si estuviéramos en el caso presente ante un supuesto de intervención adhesiva simple, efectivamente en esta intervención, la expresión legal recogida en el apartado 3 del art. 13 «a todos los efectos» («admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente

será considerado parte en el proceso a todos los efectos») debe matizarse en el sentido de que al tercero no podrá concedérsele la tutela interesada por el demandante en origen ni condeñarsele (según actúe en el lado activo o pasivo) dado que no es titular, ni lo pretende, de la relación jurídica controvertida y, de otra parte, no pueden atribuírsele en el proceso derechos de los que carece fuera del mismo.

La posición de la intervención adhesiva simple o del coadyuvante civil ha sido analizada entre otras por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 3-12-2004, nº 1139/2004, que establece: «...la STS de 7 de febrero de 1902 sienta que las «reglas procesales no consienten la ingerencia de un tercero que no sea actor ni demandado, no consintiéndose una adhesión», y dicha actuación indebida de terceros en un proceso produce indefensión a la contraparte, que tiene que soportarla sin fundamento legal alguno— se desestima porque la intervención adhesiva provocada por la actuación en el juicio de D^a Luz, D^a Aurora., D^a Consuelo, D^a Flor. y D^a María., quedó circunscrita al marco de los hechos, fundamentos jurídicos y peticiones del escrito inicial, es decir, consistió en la ratificación de la postura de la actora en el proceso, lo que supone que no ha ocasionado indefensión a la Comunidad demandada, pues la respuesta de ésta a la demanda, con la facilitación de los elementos probatorios propuestos y admitidos para su propia defensa, bastaba para dar réplica a lo manifestado por aquellas al integrarse en el procedimiento.

Por demás, la intervención adhesiva no es una figura extraña a nuestro derecho, y ha sido admitida legalmente en el ámbito del proceso contencioso-administrativo; y, por lo que concierne al civil, tiene precedentes en la Ley IV, Título XXIII, Partida 3^a («Tomar pueden el alçada non tan solamente los que son señores de los pleytos, o sus Personeros quando fuere dado juyzio contra ellos, assi como mostramos; mas aun todos lo otros, a quien pertenece la pro, o el daño que viniese de aquel juyzio»); también, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 se refiere a esta figura en sus artículos 1276, párrafo tercero, 1328 y 1394; la doctrina jurisprudencial la ha aceptado (SSTS 28 de diciembre de 1906, 21 de marzo de 1911, 6 de marzo de 1946, 17 de febrero de 1951, 17 de octubre de 1961, 3 de marzo de 1992 y 9 de octubre de 1992, entre otras muchas), y, aparte de otras, la STS de 22 de abril de 1987 ha declarado que si los efectos hacia tercero se ocasionan con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material les afecte con carácter prejudicial o indirecto, se podrá originar una intervención adhesiva; y, además, la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 la contempla en su artículo 13.

La intervención adhesiva del coadyuvante en lo civil, queda definida por estas notas esenciales: no le asiste la facultad de promover el juicio; ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él; puede ayudar la gestión del litigante a quién se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa, o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté especialmente asistido; y, por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no sólo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria.>>

Sin embargo otra cosa acontece cuando se trata de una intervención litisconsorcial, en este caso activa, ya que en definitiva el interviniente sí resulta titular —o cotitular— de los derechos debatidos, pero una disposición legal ha permitido al demandante formular la demanda también en su nombre sin que el litisconsorcio activo se plantee como necesario, pues tal es el supuesto de las comunidades de bienes, matrimoniales o hereditarias, en que la jurisprudencia interpretativa de los preceptos que respectivamente las regulan permite a cualquiera de los comuneros, cónyuges o herederos ejercitar las acciones correspondientes en beneficio de la comunidad o de la sociedad conyugal. La demandante inicial manifiesta ejercitar la acción por sí y en interés de la comunidad hereditaria de su fallecida madre. Esta comunidad hereditaria estaba formada por los cinco hermanos, Amparo, Carina, Benito, Constantino y Elena, a quienes la fallecida Doña Carla, designó en su testamento herederos. Por ello la personación de Don Juan María como demandante, dada su condición de coheredero de Doña Carla, lo es por derecho propio, y no como coadyuvante de un derecho ajeno —el de la actora.

TERCERO.- La Comunidad de Regantes pone de manifiesto en su contestación que la comunidad hereditaria se ha extinguido por la partición convencional realizada en vida de la causante y a la que se refiere expresamente el testamento por ella otorgado el 10 de octubre de 1962, que se aporta como documento 2 de la demanda inicial. Doña Carla fallece el 31 de julio de 1972 bajo el testamento aportado y que otorgó en estado de viuda de sus únicas nupcias, de las que tuvo los cinco referidos hijos que nombra únicos y universales herederos. Ciertamente los coherederos han de estar a la partición convencional operada entre la viuda y aquéllos, sus cinco hijos, tanto de los bienes dejados en herencia por su difunto esposo, Don Rosendo, como de los bienes propios, en fecha 21 de septiembre de 1956, y a la que expresamente se remite el testamento de la causante, por lo que la comunidad hereditaria ha de considerarse extinguida conforme acoge la sentencia de instancia. Sin embargo de las hijuelas aportadas en autos por Doña Valentina y por Don Rosendo, resulta que respecto del contrato que es objeto del procedimiento la partición adjudica la posición de contraparte contractual, y por tanto la titularidad de los derechos y obligaciones nacidos del contrato, a todos los herederos, por lo que si bien se extingue la comunidad hereditaria, surge respecto de esta relación obligatoria una comunidad ordinaria, y este el error «iuris» sufrido en la demanda inicial por Doña Valentina, ya que adjetiva a la comunidad como «hereditaria» sin serlo ya, aunque efectivamente existe una Comunidad o cotitularidad de los herederos en la posición contractual de la causante, que legitima a Doña Valentina al ejercicio de la acción en el interés de todos los partícipes. No debe olvidarse que, conforme al artículo 659 del Código Civil, la herencia comprende no sólo los bienes y derechos, sino también las obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

Tal sucesión conjunta en el contrato resulta clara al dar lectura a los términos de la partición, que son idénticos en las dos hijuelas aportadas en autos –folios 19 y 62–, y tienen el siguiente tenor:

«En caso de hacerse el pozo proyectado y el estanque de la Comunidad en algunas de las demás hijuelas hermanas, entre todos indemnizarán a los perjudicados y se repartirán también por partes iguales, las diez y seis horas de agua liberadas que cedieron a D^a. Carla a cambio de los sitios y subsuelos ofrecidos para efectuar dichos trabajos en virtud del contrato suscrito al efecto entre D^a. Carla y D. Pedro Miguel, con fecha seis de Marzo de mil novecientos cuarenta y nueve.»

Sentado lo anterior y desde esta perspectiva, de acuerdo con el brocardo «da mihi factum, dabo tibi ius», no puede sostenerse que el pronunciamiento de la sentencia sea incongruente respecto de la demanda presentada, ni que la posición del comunero después personado difiera de la de la demandante inicial Doña Valentina. Doña Valentina pretendía que se declarara la validez y eficacia del contrato que vincula a los litigantes, si bien yerra al calificar a los causahabientes de Doña Carla y sucesores en la posición contractual que aquella tuvo al suscribir el contrato como «comunidad hereditaria» cuando, como hemos visto, se trata de una «comunidad ordinaria». Pero respecto al resto de lo pedido, lo que ha tenido lugar en definitiva es la concreción por los demandantes, en momento anterior a la audiencia previa, de la referencia genérica a «los titulares» contenida en el apartado b) del suplico de la demanda inicial, precisándose que la obligación de reintegro de los terrenos ha de cumplirse respecto a Don Rosendo, como titular actual de la finca en la que se realizaron las obras hidráulicas en virtud del contrato. Ya la propia demandada, hoy apelante, denuncia en su contestación la inconcreción de ese apartado b) del suplico de la demanda inicial aunque no excepciona formalmente el defecto legal en el modo de proponer la demanda –artículo 424.1º LEC–, lo que hubiera llevado a la admisión de las aclaraciones o precisiones oportunas en el acto de la audiencia previa. La petición de Don Rosendo, sostenida igualmente por Doña Valentina pues ambos han mantenido idéntica representación y defensa, viene a aclarar y completar la inconcreción del suplico inicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 426 de la LEC, sin que conste que la parte demandada Comunidad de Regantes manifestara cosa alguna ni se opusiera en el acto de la audiencia previa a esta concreción.

De lo anteriormente expuesto cabe afirmar en primer lugar que ninguna indefensión ha sufrido la parte demandada ya que ha tenido conocimiento pleno y puntual de la concreción de la petición inicial que efectuó el litisconsorte en su escrito, y que ha sido sostenida de consuno por ambos demandantes en cuanto al extremo b) de la demanda, que no se altera ni modifica sino que se concreta, evitando su imprecisión inicial denunciada en la contestación, y ello se consigue designando cuál de los miembros de la comunidad titular del contrato es el titular de la finca y por ello la obligación de restitución ha de revertir sobre este. Esta aclaración, individualización o especificación se produce en tiempo procesalmente hábil, esto es antes de la audiencia previa, permitiendo a la parte por tanto en dicho acto haber realizado las observaciones oportunas, y, sobre todo, haber contestado y propuesto prueba con toda la amplitud, sin merma ni pérdida de su derecho de defensa.

Por las consideraciones expuestas debe desestimarse el motivo del recurso, ya que la sentencia es congruente con lo pedido, al acoger parcialmente la demanda presentada en los términos del apartado b) del suplico, sustituyendo la inicial referencia a «los titulares del mismo» por la designación nominal de Don Juan María, quien por otro lado venía representado ya inicialmente por la demandante en virtud de la cotitularidad en la posición de cedente en el contrato, siendo este dato jurídico sobre la titularidad del terreno sobre el que se realizaron las obras –no sobre la titularidad de la relación obligatoria– introducido en el proceso en tiempo hábil por el litisconsorte, y apoyado por la demandante inicial, en el ejercicio de la facultad de aclaración y precisión del suplico de la demanda, a instancia precisamente de la parte demandada que denunció esta imprecisión. No existe por tanto alteración de la causa petendi ni infracción del artículo 218 de la LEC.

CUARTO.- Opone en segundo lugar la parte apelante como motivo del recurso de apelación interpuesto la infracción del artículo 1281 del Código Civil. Relata la parte que el contrato a que se refiere el presente juicio es de cesión de los subsuelos y la parte del suelo necesaria para el brocal de un pozo, escombrera, casa de máquina y estanque regulador para solicitar y llevar a cabo un proyecto hidráulico, con la obligación a entregar del caudal de agua que se alumbra, en la referida explotación, 16 horas de agua todos los meses, libre de toda clase de gastos, con derecho a pasarlas por las tuberías que se construyan para esta explotación hasta la última tronera que se haga. Añade la parte que tras la enunciación de lo que se cede para la explotación hidráulica se expresa: «En caso de abandonarse el trabajo se tapaná el pozo, quedando a beneficio de la dueña todo lo que haya hecho». Defiende la parte recurrente que la expresión está indicando a qué obras se refiere la «suspensión del trabajo» y qué obras inacabadas pasarían a quedar a beneficio de la dueña del terreno, y de ello concluye que cuando las obras se han ejecutado no cabe «la suspensión» de las mismas.

En la sentencia recurrida se equipara «abandono de trabajo» y «abandono de explotación», lo que a juicio de la parte recurrente no se adapta al sentido literal ni a la intención de los contratantes. Argumenta la parte apelante que en sentido literal «trabajo» significa el empleo de una actividad para la obtención del alumbramiento del agua y «explotación» es la acción de la extracción del agua alumbrada para su aprovechamiento.

La Sala no comparte la particular visión de la literalidad del término «trabajo» que defiende la parte recurrente. Este término se define en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su primera acepción como «acción y efecto de trabajar», término este último que a su vez viene definido, también en su primera acepción, como «ocuparse en cualquier actividad física o intelectual». Por ello tanto es trabajo la actividad dedicada a la realización de la obra, como la actividad dedicada a la explotación de la obra realizada, y ambas actividades pueden naturalmente suspenderse.

En cuanto al argumento de la intención de los contratantes se pretende convencer de que sería absurdo que el titular de la explotación hidráulica pudiera librarse de la obligación contraída de la entrega del agua por el hecho de abandonar su explotación, y que por ello haya de tapan

el pozo, o sea, haciendo desaparecer la explotación. La Sala comparte íntegramente la interpretación que del contrato realiza el Juez a quo, siendo la misma conforme y adecuada a las reglas del criterio humano y a las normas que sobre la interpretación de los contratos contiene el Código Civil en sus artículos 1281 a 1289. A este efecto lejos de resultar absurda y contraria a la eficacia del contrato, la interpretación de la sentencia de instancia, que por lo demás es la pretendida también en la demanda, es acorde con el hecho cierto de que no se fijó plazo para la cesión, por lo que el contrato lo es por tiempo indefinido, por lo que resulta coherente pactar una consecuencia jurídica a la inactividad del cesionario, y resulta adecuado a la naturaleza de estos contratos que el incumplimiento de las obligaciones pueda dar lugar a la resolución, por lo que el cese en la explotación del pozo durante varios años, sin por lo tanto alumbrar caudal alguno del que entregar las dieciséis horas pactadas a la cedente, implica el incumplimiento de lo pactado, la suspensión de los trabajos y por tanto la facultad de rescisión, reintegrándose a la propiedad de la finca los terrenos y cegándose el pozo, y ello con la finalidad de que el propietario pueda destinar el terreno a aquello que más le convenga por lo que se le ha de devolver en el estado en que se encontraba con anterioridad a la realización de las obras.

En cuanto al argumento esgrimido sobre el carácter transitorio de la paralización, acreditado y reconocido que la misma se prolonga durante más de tres años, no puede prosperar, resultando un tiempo suficiente como para entender que se ha producido un abandono de los trabajos de explotación del pozo, por lo que procede la desestimación íntegra del recurso interpuesto.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso de apelación deben imponerse a la parte apelante las costas causadas en su sustanciación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de COMUNIDAD DE REGANTES DE SAN ANDRÉS frente a la sentencia de fecha 18 de enero de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Santa María de Guía de Gran Canaria en autos de Ordinario 463/2003, confirmamos íntegramente la expresada resolución con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en la sustanciación del recurso.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Iltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

C) *Intervención provocada: concepto y supuestos* (Sentencia Audiencia Provincial Pontevedra núm. 74/2008 (Sección 1), de 31 de enero)

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 873/2007.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez.

CULPA CONTRACTUAL: EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD: procedencia: construcción: desplome de grúa-torre durante el proceso constructivo de una vivienda unifamiliar: accidente debido a un exceso de peso: responsabilidad del demandado, en cuanto operador y propietario de la grúa, por el daño causado: no acreditación de que actuara con la diligencia debida.

PROCESO CIVIL (LECIV/2000): COMPARECENCIA Y ACTUACIÓN EN JUICIO: PLURALIDAD DE PARTES: intervención provocada: doctrina jurisprudencial: concepto y supuestos: sistema de taxatividad.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra **desestima** el recurso de apelación deducido por la parte demandada y **estima** el planteado por la mercantil traída a la litis mediante la intervención provocada en calidad de demandada, ambos contra la Sentencia dictada, en fecha 16-07-2007, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Cambados, en autos de juicio ordinario, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva «ad processum», dejando imprejuzgada la acción respecto de ella.

En Pontevedra a treinta y uno de enero de dos mil ocho.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 557/06, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cambados, a los que ha correspondido el Rollo núm. 873/07, en los que aparece como parte apelante-demandado: D. Jon, representado por el procurador D. PEDRO ANTONIO LÓPEZ LÓPEZ y asistido por el Letrado D. RAMÓN JAUDENES LÓPEZ DE CASTRO, BAYGAR SL, representado por la procuradora Dª MARIA JOSÉ GIMÉNEZ CAMPOS y asistido de la letrada Dª MARIA JOSÉ RECUNA ACUÑA, y como parte apelado-demandante: SEGURCAIXA SA, representado por el Procurador D. MARIA DEL CARMEN VIDAL RODRÍGUEZ, y asistido por el Letrado D. MARINA CAUSELO FILGUEIRA, sobre reclamación de cantidad, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cambados, con fecha 16 julio 2007, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

«QUE ESTIMANDO íntegramente la demanda formulada por el Procurador Sr. Martínez Melón, en nombre y representación de SEGURCAIXA, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS, contra Jon, representada por la Procuradora Sra. Santos Conde y siendo posteriormente admitida la intervención provocada en calidad de demandada de la entidad BAYGAR, SL, representada por el Procurador Sr. Guillán Pedreira, debo condenar y condeno a los demandados a abonar conjunta y solidariamente a la actora la suma de SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS (7.945,42 euros), más los intereses conforme se establece en el Fundamento Tercero de esta sentencia. Todo ello con imposición a los demandados condenados del pago de las costas procesales.»

SEGUNDO Notificada dicha resolución a las partes, por D. Jon y Baygar SL se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día treinta y uno de enero para la deliberación de este recurso.

TERCERO En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La sentencia de instancia estima la demanda en la que se ejercita acción de responsabilidad contractual contra el demandado Sr. Jon que había sido contratado por el asegurado de la actora, Sr. Tomás, para la construcción de una vivienda unifamiliar. Durante la construcción, la grúa instalada a tal efecto, propiedad del demandado, que además era quien se dedicaba a su manejo, se desplomó sobre parte de la edificación, causando daños por importe de 8.546,22 euros.

En dicha sentencia también se procede a la condena de la mercantil BAYGAR, SL, traída a la litis mediante la intervención provocada regulada en el art. 14.2 LECIV (RCL 2000\ 34 y 962 y RCL 2001, 1892) a instancia del citado demandado Sr. Jon. Dicha sociedad es la contratada por el inicial demandado Sr. Jon para la instalación de la grúa, así como para su revisión y mantenimiento.

La condena solidaria de ambos se fundamenta en la solidaridad que se forma entre ambos al declararse la responsabilidad civil por la caída de la grúa sin poder individualizarse el tanto de culpa y responsabilidad de cada uno en dicha caída, estimando que existe una concurrencia de causas no individualizables.

Considera la sentencia de instancia que el desplome de la grúa-torre fue debido al incumplimiento de sus obligaciones tanto por la empresa mantenedora como por la persona encargada del manejo de la grúa, pues se produjo porque no funcionaron los limitadores de carga, levantando el gruista mas peso del permitido.

Contra dicha sentencia se alzan los dos condenados, cada uno de ellos alegando en cuanto al fondo que la caída de la grúa no tiene base en incumplimiento alguno por su parte, sino que es debido a los incumplimientos del otro. El gruista atribuye la responsabilidad a la empresa instaladora y mantenedora, y ésta al anterior, al no haber procedido a realizar las comprobaciones necesarias según el propio manual de instrucciones.

Siendo esta la cuestión de fondo, debe resolverse con carácter previo la llamada al proceso de la sociedad BAYGAR, SL, que se ha justificado en una interpretación amplia del art. 14.2 LECIV (RCL 2000\ 34 y 962 y RCL 2001, 1892), en el auto de 19 de enero de 2007 y en el auto de 27 de febrero 2007, añadiéndose en la sentencia de instancia la referencia a la Disposición adicional séptima de la Ley de ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999.

SEGUNDO La sociedad BAYGAR, SL sigue manteniendo en esta alzada, al igual que hizo en la instancia, su falta de legitimación pasiva, que debe calificarse «ad processum», por haber sido traída a la litis al amparo de la figura de la intervención provocada del art. 14.2 LECIV (RCL 2000\ 34 y 962 y RCL 2001, 1892) cuando no existe norma alguna que permite dicho llamamiento.

La intervención procesal contempla aquellos supuestos en los que la pluralidad de partes se produce como fenómeno sobrevenido. Su regulación, por primera vez en nuestro proceso civil, constituye una de las novedades de la LECIV de 2000. El artículo 13 LECIV regula la intervención voluntaria, el artículo 14 LECIV la intervención provocada y el 15 LECIV contempla el caso especial de la intervención en procesos para la protección de derechos e intereses difusos de consumidores y usuarios.

La intervención provocada es aquella que tiene lugar como consecuencia del llamamiento efectuado por una de las partes o litisdenuntiatio. A diferencia de la intervención voluntaria, que es concebida por la Ley en términos generales, a favor de toda aquella persona que ostente

un interés en las resultas de un pleito ya instaurado, la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo admite la intervención provocada en los supuestos legalmente previstos, lo que obliga a tomar en consideración los distintos casos en los que las leyes procesales o materiales permiten que el actor o el demandado llame al litigio a quienes hasta el momento habían permanecido ajenos al mismo.

Los supuestos de llamada al proceso en nuestro ordenamiento jurídico se dan únicamente en aquellos casos en que la Ley así lo prevé expresamente. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de intervención voluntaria, la provocada se rige por un principio de tipicidad al admitirla el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en aquellos casos en que la Ley permita al demandante o al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso. En nuestro derecho existen algunas previsiones de intervención provocada que se ajustan a las siguientes modalidades:

A.- La «laudatio o nominatio auctoris» que es la llamada que el poseedor inmediato de la cosa hace al propietario cuando el primero es demandado por quien afirma ser dueño poniendo en conocimiento del titular dominical la existencia del proceso como hecho que puede lesionar su derecho de propiedad. Esta obligación del llamar al propietario es impuesta al usufructuario el artículo 511 del Código Civil (LEG 1889\ 27) y al arrendatario en el artículo 1559 del mismo Texto Legal. Esta intervención va dirigida a que el llamado sustituya en el proceso al primitivo demandado, posibilidad que contempla el artículo 14.2.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B.- La llamada del tercero pretendiente es el caso del artículo 1176, párrafo segundo del Código Civil que permite al deudor consignar cuando sean varias las personas que pretenden el cobro de la deuda. Si todas ellas han entablado juicio contra el deudor este puede pedir la acumulación y luego consignar, pero si sólo le ha demandado uno de los pretendientes, puede el deudor llamar al proceso a los demás.

C.- Finalmente, la llamada en garantía es la que puede producirse como consecuencia de una transmisión onerosa anterior, en cuyo caso se denomina formal, o como consecuencia de un vínculo de coobligación que da lugar a acciones de regreso una vez satisfecho el acreedor común, en cuyo caso se llama simple. Son casos de llamada en garantía formal los de evicción de las donaciones onerosas (artículo 638 del Código Civil), de la cosa recibida en permuta (artículo 1540 del Código Civil), de la cosa dada en arrendamiento (artículo 1553 del Código Civil), de las cosas ciertas y determinadas aportadas a la sociedad (artículo 1681 del Código Civil), cesión de créditos (artículo 1529 del Código Civil) y la evicción en la compraventa (artículos 1474 y siguientes del Código Civil), cuyas normas procesales deberán entenderse sustituidas por las del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Son casos de llamada en garantía simple los del heredero demandado para el pago de deudas de la herencia, que tiene derecho a llamar a sus coherederos a no ser que por disposición testamentaria o como consecuencia de la partición hubiese quedado obligado él solo (artículo 1084 del Código Civil que, sin embargo, algunos autores consideran como un supuesto de llamada por causa común), el de los codeudores solidarios que pueden ser llamados por el único deudor demandado, el del fiador que puede llamar al deudor principal (artículos 1830 y 1839 del Código Civil), el del fiador que puede llamar al resto de los fiadores solidarios (artículo 1837 del Código Civil) o el del demandado en un proceso de responsabilidad civil derivada de la construcción que puede llamar a otro u otros agentes que hayan participado en la edificación (Disposición Adicional séptima de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre [RCL 1999\ 2799], de Ordenación de la Edificación).

A la vista de la enumeración de los supuestos que antes se ha realizado, la pregunta a formularse es cuándo debe entenderse que existe esa posibilidad, si únicamente cuando se establezca en los términos tan claros y tajantes o si también es admisible en los supuestos

de autorización implícita, el legislador ha descartado esa posibilidad cuando no ha querido establecer la intervención provocada en términos abiertos, es decir, regulando los presupuestos y no los supuestos, se ha optado por una concepción mucho más restrictiva de esta figura y por ello se ha preferido un sistema cerrado, de supuestos concretos (los establecidos en la ley), y por ello tan siquiera se ha hecho referencia a los presupuestos.

Por consiguiente, nuestro legislador ha optado por un sistema de taxatividad, que exige que los supuestos de intervención provocada sean predeterminados caso por caso y de forma explícita; así en las STS de 26 de junio de 1993 (RJ 1993\ 5383), 11 de mayo de 1992 (RJ 1992\ 3896), 19 de mayo de 1999 (RJ 1999\ 3354) y 27 de noviembre de 2003 (RJ 2004\ 294).

En consecuencia el examen de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\ 34 y 962 y RCL 2001, 1892), revela claramente que la regulación que la misma ofrece en el tema que tratamos de intervención provocada es única y exclusivamente procesal, sin que en ningún momento se indiquen cuales son los presupuestos procesales que permiten tal intervención. Es por ello que en cada caso habrá de estarse, para la determinación del llamamiento regulado en el artículo 14, a las normas sustantivas que permiten la avocación de un tercero al procedimiento.

En el supuesto que ahora nos ocupa no estamos ante ninguno de los supuestos en que expresamente es permite el llamamiento del tercero al proceso. La única referencia concreta se realiza en la sentencia al acudir a la Disposición adicional séptima de la LOE. Sin embargo la llamada en garantía prevista en la misma es para la traída al proceso de otros agentes intervinientes en el proceso de construcción. Tales agentes intervinientes en el proceso de construcción son definidos y enumerados en los arts. 8 y ss. de la LOE (RCL 1999\ 2799)(promotor, proyectista, constructor, director de la obra, director de la ejecución de la obra, entidades o laboratorios de control o los suministradores de productos de construcción), y la empresa instaladora y con labores de mantenimiento de la grúa en modo alguno puede ser calificada dentro de alguno de esos agentes que intervienen en el proceso constructivo, por mas que se intente la ampliación de este concepto o el de cada uno de los agentes. La sociedad condenada se limita a una labor industrial de instalación de maquinaria y verificar su puesta a punto y mantenimiento, al margen del proceso a que se dedique la máquina, en este caso a la construcción de inmuebles, pues aunque aquélla se utilice en el mismo, la labor de la sociedad no implica una intervención en el proceso de la edificación. La sentencia del TS de 23 de noviembre de 2003 SIC habla de contratos auxiliares, pero no integrados en el proceso de construcción ni poder tener la consideración de subcontratos.

En consecuencia, debe estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva «ad processum» alegada, y, sin entrar en el estudio de la cuestión de fondo relativa a la responsabilidad que se le atribuye, que queda imprejuzgada, procede absolver a la empresa «BAYGAR, SL».

TERCERO Llegados a este punto, de las pruebas periciales obrantes en autos, es claro que la grúa se desplomó por un exceso de peso que no podía soportar. Al margen de las acciones que puedan asistir entre el demandado y la sociedad BAYGAR, SL sobre el cumplimiento del contrato de mantenimiento y revisión, es lo cierto que el Sr. Jon era el propietario y operario de la grúa, y por lo tanto la persona que ha de comprobar en todo momento que el funcionamiento es el correcto, empezando por no sobrecargar la máquina, y comprobando que los limitadores de carga están en adecuado uso. Y además es la persona que se beneficia de la explotación de dicha grúa.

Desde antiguo el Tribunal Supremo ha declarado que «aun cuando la inicial exégesis del artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889\ 27) se realiza sobre la idea subjetiva de la culpa, es de reconocer que ya hace algún decenio que la doctrina en general, incluida la de esta Sala, ha venido introduciendo variaciones en dicha posición culpabilística a través de una serie de matices que si bien con distintas denominaciones –responsabilidad objetiva, por riesgo, inversión de la carga de la prueba, etc.– van encaminadas al mismo fin; la atenuación del precepto a través de una cierta objetivación, con objeto de compatibilizar el desarrollo industrial y mejoría

social de los países con una mayor seguridad para el ciudadano medio a través de una más severa responsabilidad para quien utiliza y directamente se beneficia del instrumento generador del riesgo, por lo que siendo precisamente el recurrente quien utilizaba y se beneficiaba de la grúa, cuyo derribo ocasionó el siniestro de autos, a la misma incumbía acreditar, que adoptó todas las medidas de seguridad que le eran exigibles en su actividad». No es el caso.

La STS de 27 de noviembre de 2003 (RJ 2004\ 294) (sobre daños causados al desmontar una grúa) establece que si toda acción generadora de un daño indemnizable se presume culposa a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida, el demandado no ha acreditado haber actuado con dicha diligencia, por lo que es responsable del daño causado, al concurrir cuantos requisitos precisa la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código civil (LEG 1889\ 27).

Esta doctrina fijada en sede de responsabilidad extracontractual es igualmente aplicable en el ámbito contractual en el que propiamente nos movemos, ya que los daños causados al asegurado de la actora lo han sido en el cumplimiento de un contrato de obra, y puede entenderse que es su defectuoso cumplimiento el que ha originado el daño, surgiendo la obligación de resarcirlo (art. 1101 CC).

Tratándose del despliegue de un trabajo que comporta un riesgo cualificado, como es el manejo de una grúa torre, el creador de ese riesgo debe presumirse culpable, pues a él le incumbe la seguridad y conservación de los útiles de su trabajo, y para destruir la presunción no puede alegar más que sucesos imprevistos racionalmente, ocurridos fuera del ámbito de su actividad, y esto es lo que no ha probado.

Como ha señalado la casi totalidad de la doctrina y la Jurisprudencia, cuando se produce el incumplimiento de una obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor. Si este incumple total o defectuosamente, se presume que es culposamente. Así se invierte la carga de la prueba, plasmándose dicha doctrina en el art. 1183 CC, que siendo específico de las obligaciones de dar, también se aplica, por analogía, a las obligaciones de hacer y de no hacer.

El propio demandado apelante atribuye en su recurso la causa del siniestro a un fallo de los limitadores de la carga. Pero según el contrato de mantenimiento de la grúa firmado con BAYGAR, SL (folio 49) establece claramente como el cliente debe vigilar la adecuada utilización de la grúa, y notificar a la empresa conservadora cualquier irregularidad en el funcionamiento de la grúa, no asumiendo la empresa conservadora responsabilidad, entre otros supuestos, por sobrecarga, además de estar la grúa en plazo de revisión, no habiendo transcurrido cuatro meses (plazo máximo de revisión) entre la última revisión y el siniestro.

Todo ello lleva a considerar que el Sr. Jon, en cuanto operador y propietario de la grúa, no ha conseguido probar que actuó con la diligencia debida, y por lo tanto no ha conseguido destruir la presunción de culpa antes tratada, debiendo desestimarse el recurso por él interpuesto.

CUARTO De conformidad con lo dispuesto en el 398.1 LECIV (RCL 2000\ 34 y 962 y RCL 2001, 1892) procede imponer a D. Jon las costas de esta alzada causadas por su recurso de apelación.

En cuanto a las costas de primera instancia y de esta alzada causadas por la traída al pleito de BAYGAR S.L., no ha lugar a especial imposición de costas en esta alzada, y tampoco en la instancia habida cuenta que no había sido inicialmente demandada por la parte actora, que no se ha entrado en el fondo del asunto, y que la cuestión puede plantear dudas de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jon contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia de Cambados en el juicio ordinario núm. 557/2006, y por contra estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BAYGAR, SL, en el sentido de estimar la excepción de falta de legitimación pasiva «ad processum», dejando imprejuizada la acción respecto de ella.

Todo ello con imposición a D. Jon de las costas de esta alzada causadas por su recurso de apelación.

En cuanto a las costas de primera instancia y de esta alzada causadas por la traída al pleito de BAYGAR S.L, no ha lugar a especial imposición de costas en esta alzada, y tampoco en la instancia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Cuestiones

1. Explica qué es el litisconsorcio pasivo necesario.
2. Diferencias entre intervención litisconsorcial e intervención adhesiva simple.
3. Concepto y supuestos de intervención provocada.

Lección 5.^a La postulación

- **La postulación procesal:** Aunque las partes tengan capacidad para realizar los actos procesales, no los realizan por sí mismas, sino que se exige, por la propia ley, que actúen por medio de un profesional o técnico en derecho. Dicha postulación se divide en dos funciones: **1)** La representación, que corresponde al procurador; y **2)** La defensa técnica por abogado, apareciendo ambos como un ente intermedio entre las partes y el órgano jurisdiccional.
- La postulación tiene un doble carácter: por un lado es un presupuesto procesal, por lo que debe concurrir obligatoriamente; y, por otro, es un derecho fundamental (art. 24.2 CE).
- **La representación procesal:** La representación se atribuye exclusivamente a los Procuradores mediante poder, mandato expreso, remunerado, representativo y típico. El poder incluye tanto la declaración de voluntad de otorgar dicha representación como el documento en que se incluye. El poder, o el documento, pueden ser: 1º) Escritura pública; 2º) *Apud acta* (arts. 453.3 LOPJ y 24 LEC); 3º) Oficio del Colegio de Procuradores, ante el beneficio de asistencia jurídica gratuita (arts. 15 y 21 LAJG).
- Tiene **carácter obligatorio** y es un derecho fundamental; así, el art. 23.1 LEC obliga a las partes a comparecer en juicio por medio de Procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del pleito, estableciéndose en el número segundo los supuestos en que, excepcionalmente, no es necesaria dicha representación. A estos casos hay que añadir los establecidos en leyes especiales. No obstante, existen supuestos excepcionales en los cuales no es preceptiva la representación por medio de procurador (art. 23.2 LEC).
- **Tratamiento procesal:** El poder debe acompañar al primer escrito que se presente ante el juzgado por cada una de las partes (arts. 24.2 LEC, 264-1º, 403.3 y 416.1-1º LEC), ante cuya falta el juez, de oficio, inadmitirá dicho escrito, normalmente el de demanda o el de contestación a la demanda, o no admitirá al procurador que se presente, si bien se trata de un defecto subsanable. Si el juez no lo pone de manifiesto de oficio, se puede hacer saber por la otra parte mediante excepción procesal en la comparecencia previa o al inicio de la vista.

Existiendo el poder, la concurrencia en este de otros efectos se puede poner de manifiesto por las partes para debatirse en la comparecencia previa o al inicio de la vista, como consecuencia de una interpretación amplia del término falta del art. 416.1-1º LEC, siendo también defectos subsanables.

- **La defensa técnica:** Entre las partes y sus abogados se establece un contrato de arrendamiento de servicios, de carácter generalmente verbal, y que se inicia con las primeras gestiones del abogado a favor de su defendido. La regla general es

la presencia necesaria del abogado, la obligatoriedad de la defensa técnica que tiene carácter de necesaria (art. 31.1 LEC). Dicha obligatoriedad, sin embargo, admite excepciones (art. 31.2 LEC).

- **Intervención no preceptiva de abogado y procurador** (art. 32 LEC). En estos casos, nada impide a las partes personarse con uno y/u otro, ante lo que el art. 32 establece dos consecuencias de gran importancia:
 - a) **Igualdad de armas:** Esta circunstancia debe ponerse en conocimiento de la parte contraria, para que si quiere pueda igualar la situación personándose con tales profesionales, haciéndosele saber la posibilidad de acudir a la asistencia jurídica gratuita. Esta comunicación se realiza en la demanda por el demandante y dentro de los tres días siguientes a la notificación de la misma, por el demandado;
 - b) **Condena en costas:** En estos casos, los honorarios y derechos de estos profesionales no se incluyen en la condena en costas, pues no eran necesarios, salvo que el Tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en el que se ha tramitado el juicio.
- **Jura de cuentas:** Por los servicios prestados, el abogado recibe unos honorarios y el procurador unos derechos. Pero el procurador, como representante de las partes, es quien se hace cargo de todos los gastos que origina el proceso (excepto honorarios de los abogados y peritos) (art. 26.2-7º LEC), para lo que necesita una provisión de fondos. Para que el cliente cumpla con estas obligaciones de pago con rapidez, la LEC prevé tres procedimientos especiales, de los que se deriva un claro privilegio para los profesionales del derecho (arts. 29, 34 y 35 LEC).
- **La Administración como parte:** La Administración en sus diversas manifestaciones puede ser parte del proceso. Ahora bien, no podemos entender que se trate de una parte más, pues no se encuentra en igualdad de condiciones respecto a las demás partes del proceso. Hay que distinguir entre los privilegios del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales.
- **El Ministerio Fiscal:** En el proceso civil, el Ministerio Fiscal puede intervenir cumpliendo diversas funciones: como parte, como representante legal y como dictaminador.

Caso docente núm. 5. Contravención del art. 32 LECIV/2000
(Sentencia Audiencia Provincial Bizkaia núm. 302/2009,
de 15 de julio)

Sentencia Audiencia Provincial Bizkaia núm. 302/2009, de 15 de julio
Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 177/2009.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Carmen Keller Echevarría.

NULIDAD DE ACTUACIONES (LECIV/2000): INFRACCIÓN DE NORMAS PROCESALES: procedencia: juicio verbal: comparecencia de la parte demandada al acto del juicio con letrado y procurador, sin haber comunicado tal circunstancia previamente al Juzgado: contravención del art. 32 LECIV/2000: situación de desigualdad para la parte actora, que optó por actuar por sí misma, generadora de indefensión.

La Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya **estima** el recurso de apelación deducido por la parte actora, contra la Sentencia dictada, en fecha 10-11-2008, por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 2 de Bilbao, en autos de juicio verbal, declarando la nulidad de actuaciones.

...

En Bilbao a quince de julio de dos mil nueve.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de Bilbao integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistrados del margen los presentes autos de Juicio Verbal 495/08, procedentes del Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Bilbao y seguidos entre partes: como apelante, actuando en propio nombre Pilar y como apelado, EUSKOTREN EUSKOTRENBIDEAK - FERROCARRILES VASCOS S.A., no comparecido en esta alzada.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada, en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la referida sentencia de instancia de fecha 10 denoviembre de 2008 es del tenor literal que sigue: FALLO: Desestimar la demanda formulada por Pilar, absolviendo a Eusko Tren de las pretensiones formuladas en su contra, sin expresa imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LECN).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECN).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes por la Representación Procesal de Pilar se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y emplazadas las partes para ante este Tribunal y subsiguiente remisión de los autos compareció la parte apelante, no haciéndolo así la parte apelada; ordenándose a la recepción de los autos y personamientos la formación del presente Rollo al que

correspondió el número 177/09 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Que por providencia de la Sala de fecha 8 de junio de 2009 se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 14 de julio de 2009.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado DOÑA CARMEN KELLER ECHEVARRÍA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO Se alega por la parte apelante en primer lugar vulneración del art. 32 LEC (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) por parte de la demandada, ya que mediante auto de 5/06/08 se admite la demanda interpuesta por la hoy apelante, y en el mismo se recoge conforme al precepto señalado que se haga saber a la parte demandada que, si proyectara asistir a la vista representado por procurador, o asistido de abogado o valiéndose de ambos profesionales, debe comunicarlo al juzgado en el plazo de tres días siguientes a la citación para la vista, realizándose el 11 de junio la citación para la vista a la demandada, la cual en ningún momento comunicó su asistencia con abogado y con el representante de la demandada, sino en el momento anterior a dicha vista, lo cual se sostiene la parte apelante se denunció en el exterior de la sala al funcionario oportuno y en el inicio de la vista ante el órgano a quo, el cual pese a ello mantuvo que se trataba de un juicio verbal, y por tanto dando la palabra al Letrado para alegaciones, lo cual se recoge en la oportuna grabación de dicho acto, y no así en la correspondiente acta, por ello estima la recurrente se vulnera el principio de igualdad entre partes y solicita la nulidad de las actuaciones, reponiendo las mismas al momento anterior al defecto, esto es el comienzo de la vista. En cuanto al fondo se alega error en la valoración de la prueba.

La contraparte se opone al recurso.

SEGUNDO Entrando a resolver sobre la pretensión de nulidad por infracción del art. 32 LEC, conviene traer a colación la S. AP. Madrid de 28/11/08 (PROV 2009\ 72472), la cual recoge: «Llegados, pues, al juicio no se permite la intervención de los profesionales en la defensa técnica y representación procesal de Catalana Occidente quien plantea un alcance del plazo previsto en el art. 32.2 de la LEC (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), de naturaleza indicativa y no fatal. Lo que sucede es que no se trata de un problema interpretativo del precepto comentado cuyo contenido es muy claro al respecto: de pretenderse las asistencias mencionadas se comunicará (imperativamente) dentro de los tres días siguientes. Es por consiguiente una actuación procesal de la parte para la que se concede un plazo determinado. Pudo perfectamente ser otra la solución legislativa, de mayor plazo, sin plazo, con plazo prorrogable excepcional o cualquier fórmula distinta pero en esta materia su tratamiento no ofrece sentidos diferentes a la norma decidida. Por otra parte tampoco se previenen alternativas de subsanación en línea con el art. 11.3 de la LOPJ (RCL 1985\ 1578, 2635) ni en su momento se indicó nada al respecto (art. 231 de la LEC). Si de acuerdo con el tan repetido art. 32.2 se desestimó en la instancia una intervención de Letrado y Procurador extemporánea, resuelta en la Providencia y Auto antes citados y la nulidad planteada por infracción de una norma esencial de procedimiento requiere una revisión de la aplicación de dicho artículo, habrá que resolver qué otras posibilidades contempla el art. 32.2 que permitan lisa y llanamente omitir el requisito del plazo allí previsto. No se trata de un problema de interpretación sino de si se aplica o no. Y si se aplica en sus propios términos por qué, al mismo tiempo se está infringiendo si su aplicación es contraria al interés de la parte. De admitirse esta tesis, la situación equivaldría a dejar a iniciativa de la parte cuándo puede comparecer. Pero evidentemente no es eso lo que establece la Ley ni la nulidad instada puede trasladar al tribunal de apelación la adopción de un criterio

de mayor o menor rigurosidad como fundamento de esa nulidad. Regulando, pues, la LEC la forma y tiempo de comparecer para precisamente ejercer la defensa, si la parte no observa esa prescripción se sitúa en posición de no ejercerla, pero no por una actuación del órgano judicial infractora de norma esencial de procedimiento y desde ese momento decae el concepto de indefensión. Conclusión de lo expuesto es que la aplicación del art. 32.2 fue ajustada a Derecho sin que la oposición sobre la exactitud o rigor en su cumplimiento pueda fundar la alegación de nulidad, procediendo la desestimación del recurso.». Así mismo la S. AP Madrid de 3/10/08 recoge : «El primero de los motivos de apelación se incardina en la infracción de normas y garantías procesales cuyos presupuestos para recurrir se recogen en el artículo 459 LEC. Se cita como infringido el artículo 32.2 LEC, pero por el apelante no se pretende una consecuencia concreta para corregir la indefensión sufrida, pues no se reclama la nulidad de actuaciones y retroacción de estas al momento de quebrantarse la garantía, sino que se resuelve sobre el fondo de la contienda estimando las pretensiones de la demanda. Haciendo ese planteamiento, esta Sala no puede acordar de oficio la nulidad de actuaciones por prohibirlo el artículo 227.2 LEC ya que no se dan ninguno de los casos excepcionales contemplados en la propia norma para posibilitarlo, por lo que la cuestión termina por ser irrelevante en cuanto sólo resultaría posible sanar el defecto mediante una nulidad de actuaciones que no se puede acordar. De todas formas, tampoco el apelante acredita haber denunciado la falta en la primera instancia, como así se lo exige el artículo 459 como Presupuesto de procedibilidad, es más, ni siquiera da muestras en su recurso de estar verdaderamente interesado en utilizar defensa Letrada, hasta el punto de ser él mismo quien continúa defendiéndose en la alzada, por lo que de todo punto su petición es rechazable.».

La S. de Sta Cruz de Tenerife de 3/10/07 (PROV 2008\ 48674) a su vez recoge : «PRIMERO.- Como primer cuestión a resolver está la solicitud de nulidad de actuaciones que invoca el recurrente, al amparo de lo previsto en el art. 459 LEC (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), citando como infringidos el art. 24 CE (RCL 1978\ 2836) y el 32.2º y 3º de la Ley de procedimiento .

SEGUNDO.- Debe acogerse el motivo, pues ciertamente, como expone el recurrente, tratándose de un procedimiento verbal que no precisaba intervención de procurador ni abogado, y habiendo optado el demandante por actuar por sí mismo, la parte demandada compareció al acto del juicio con letrado y procurador, sin haber comunicado tal circunstancia previamente el juzgado como previene la norma procesal del art. 32 LEC ,ni por tanto, habiendo tenido el demandante conocimiento de ello, lo que le hubiera permitido designar a tales profesionales o pedir su designación.

TERCERO.- La infracción de normas de procedimiento existió y también debe apreciarse la consecuencia que la ley exige para que de aquella pueda derivarse la nulidad de las actuaciones judiciales: la indefensión, en este caso de la parte demandante.

No pueden aceptarse las alegaciones que la apelada hace en el sentido de que el actor debió imaginar que una empresa como Telefónica asistiría al juicio con abogado y procurador «como no podía ser de otra forma», ni desde luego que no se produjo indefensión porque el Sr. Sergio hizo las alegaciones que consideró oportunas y no hizo protesta durante la vista por el hecho de que la demandada estuviera asistida por los citados profesionales. La propia situación del demandante, de quien no hay que presumir conocimientos técnicos (para rebatir los argumentos defensivos de la demandada) ni jurídicos para percatarse de la irregularidad del desarrollo del pleito, pone de manifiesto que sí se produjo indefensión, concluyéndose que se dan todos los presupuestos para declarar la nulidad instada, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 225.3º LEC y 238.3º LOPJ (RCL 1985\ 1578, 2635)

CUARTO.- Esta nulidad supone que deban retrotraerse las actuaciones al momento en que fue emplazada la entidad demandada a efectos de que, en su caso, cumpla con lo prevenido en el art. 32.2º LEC, actuando luego el órgano judicial en consecuencia.».

TERCERO En el caso de autos, se observa efectivamente el incumplimiento por la parte demandada del citado requisito de previa comunicación en el plazo de tres días a contar desde la citación a vista de su deseo de valerse de los profesionales con los que posteriormente asistió, y a mayor abundamiento tal hecho, efectivamente fue debidamente denunciado por la actora, tal y como consta en la grabación del referido acto, pese a lo cual el órgano a quo por tratarse de un juicio verbal estimó que podía permitir la actuación de tales profesionales, siendo así que, como se ha transcrito en las líneas precedentes, se coloca con ello a la parte actora en desigualdad, y así mismo se le genera indefensión, al no poder ejercer su derecho en el tiempo oportuno al conocer de la asistencia letrada de la contraparte, de proceder en idénticos términos, sin que esta fundamentación se desvirtúe por el alegato de la parte apelada, que estima que ninguna indefensión se causa a quién es capaz de tener suficientes conocimientos para denunciar el defecto cometido, ya que tal argumento, no subsana el defecto cometido ni menos puede ser utilizado para hacer valer sus derechos en el procedimiento con la asistencia no debidamente comunicada. Esta nulidad y toda vez que, si bien podría conllevar que deban retrotraerse las actuaciones al momento en que fue emplazada la entidad demandada a efectos de que, en su caso, cumpla con lo prevenido en el art. 32.2º LEC, actuando luego el órgano judicial en consecuencia.

CUARTO No procede hacer declaración alguna sobre las costas de esta alzada arts. 398 y 394 LEC. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por Pilar frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao en autos de Juicio Verbal 495/08, con fecha 10 de noviembre de 2008, DEBEMOS DECLARAR LA NULIDAD DE ACTUACIONES, nulidad que supone que deban retrotraerse las mismas, al momento en que fue emplazada la entidad demandada a efectos de que, en su caso, cumpla con lo prevenido en el art. 32.2º LEC (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), actuando luego el órgano judicial en consecuencia, a los efectos de que por la parte actora pueda ejercitarse si a sí le conviene su derecho a asistir al acto del juicio con dirección letrada y procurador, todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado del que proceden, con certificación de la misma, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

Cuestiones

1. ¿Cuándo es preceptiva la postulación procesal?
2. ¿En qué supuestos no es preceptiva?
3. ¿Qué requisito establece el art. 32 LEC en la intervención no preceptiva de abogado y procurador? ¿Qué sucede si no se cumple con ese requisito?

Lección 6.^a La pretensión y sus elementos

La pretensión (objeto del proceso) es la petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida. Y la resistencia (objeto del debate) es la petición que el demandado dirige al órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada contra él por el demandante; petición que será siempre «no ser condenado». La resistencia, cuya fundamentación jurídica no es necesaria, no sirve para delimitar el objeto del proceso.

Por otro lado, delimitado lo que es «objeto del proceso» y lo que es «objeto del debate», es necesario saber qué es «tema de prueba» o, lo que es lo mismo, qué debe probarse en un proceso concreto. Pues bien, el tema de la prueba son los hechos afirmados por las partes sobre los que no se hayan puesto de acuerdo, es decir, los hechos controvertidos, dado que los hechos que sean afirmados por ambas partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, no requieren prueba porque quedan como hechos existentes para el juez. Por tanto, la prueba no se refiere ni a la pretensión ni a la resistencia, sino a los hechos que se afirmen como causa de la petición que hace el actor o de la resistencia que opone el demandado.

Establecer el objeto del proceso es relevante porque además de determinar si va a conocer un órgano jurisdiccional español y, en este caso, cuál será el competente objetiva y territorialmente, permite observar que, determinado el objeto, no se produzca una transformación de la demanda, que está prohibida; que la sentencia que, en su caso, se dicte sea congruente con lo pedido por las partes; permite asimismo determinar si es posible la acumulación de acciones; y, además, también es de suma relevancia en relación con la reconvenición; y para estimar si hay litispendencia o cosa juzgada.

Los elementos que delimitan la pretensión (objeto del proceso) son: la *petición o petitum* –que puede ser de condena, de mera declaración o de constitución–, y la *causa de pedir o causa petendi*.

Aunque normalmente un procedimiento solo tiene un objeto procesal, existen ocasiones en la que un solo procedimiento envuelve más de un objeto procesal.

La acumulación de objetos procesales es el fenómeno procesal por el que dos o más pretensiones, entre las que existe conexión, se enjuician en un mismo procedimiento judicial y se resuelven en una única sentencia. Por tanto, el requisito necesario para que se puedan acumular las acciones será que alguno de los elementos sea igual en todas ellas. En cambio, la acumulación de procesos es la reunión en un procedimiento único de dos o más procesos que han nacido independientes, para que sean resueltos en una única sentencia.

Caso docente núm. 6

Lectura de un artículo doctrinal:

PÉREZ CEBADERA, M. A. (2010): «La admisión y acumulación de acciones en el proceso civil», *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, año VII, núm. 72, págs. 5-16.

Cuestiones

1. ¿Cuáles son los presupuestos necesarios para admitir la acumulación de acciones?
2. Explique cuáles son los problemas que se plantean en la práctica con la acumulación de acciones.
3. ¿Qué postura jurisprudencial considera más adecuada? Argumente su decisión.

Lección 7.^a Actos previos

- El proceso civil de declaración empieza siempre por medio de la demanda. Sin embargo, las leyes regulan una serie de **actividades previas** a la incoación del proceso que en realidad se encaminan a evitar el proceso o a prepararlo. Hay que diferenciar dos clases: necesarias o facultativas. De las primeras solo subsiste en la actualidad la reclamación administrativa previa, que no se refiere a todos los procesos sino a aquellos en que es demandada una Administración pública, y las segundas son dos, la conciliación y las diligencias preliminares, que sí pueden preceder a cualquier proceso de declaración, dependiendo de la voluntad del futuro e hipotético demandante.

- **Reclamación administrativa previa:** La necesidad general de la reclamación previa en todo tipo de procesos civiles contra las Administraciones públicas viene establecida en los arts. 120-124 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En cuanto a su naturaleza, hay que señalar que es un requisito previo al ejercicio de acciones en todos los procesos civiles en los que es parte la Administración pública.

- **Conciliación preventiva** (arts. 460-480 LEC/1881): Es la comparecencia necesaria o facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido. Existen dos clases:
 - 1^a) *Preventiva o preprocesal*: regulada en los arts. 460-480 de la LEC/1881.
 - 2^a) *Intraprocesal*: regulada en los arts. 415 y 428.2 LEC para el juicio ordinario.

- **Diligencias preliminares** (arts. 256-263 LEC): Conjunto heterogéneo de actuaciones que dependen de la voluntad del futuro demandante y de que las considere convenientes; su finalidad puede ser doble:
 - 1) Despejar dudas sobre la afirmación de titularidad, normalmente pasiva, pero en algún caso también activa, a hacer en un futuro proceso, pretendiendo evitar la realización de actividad jurisdiccional inútil, que acabaría en una sentencia meramente procesal; y
 - 2) Preparar el futuro proceso aclarando algún elemento desconocido del tema de fondo. Estas pueden consistir en:
 - a) Determinación de la capacidad, la representación y la legitimación.
 - b) Exhibición de cosa mueble.
 - c) Exhibición de documentos sucesorios.
 - d) Exhibición de documentos entre socios y comuneros.
 - e) Exhibición de contrato de seguro.
 - f) Determinación de los integrantes del grupo.
 - g) Propiedades intelectual e industrial.
 - h) Diligencias y averiguaciones previstas en leyes especiales.

Caso docente núm. 7. Diligencias preliminares (Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 20/2002, de 11 de noviembre)

Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 11 de noviembre 2002.

Jurisdicción: Civil

Cuestión de competencia núm. 20/2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

COMPETENCIA TERRITORIAL: CUESTIONES DE COMPETENCIA: INHIBITORIA: conflicto negativo de competencia territorial: demanda de diligencias preliminares: competencia del Juzgado del domicilio del demandado.

DILIGENCIAS PRELIMINARES: «*numerus clausus*»; designación de perito de común acuerdo entre las partes: improcedencia: supuesto no recogido en el art. 256 LECIV/2000: prueba pericial que se puede presentar con la demanda.

El TS **decide a favor** del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Torrent la cuestión de competencia territorial suscitada con el de Primera Instancia núm. 8 de Badalona.

En la Villa de Madrid, a once de noviembre de dos mil dos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La entidad Casadevall Export, SA domiciliada en Badalona y representada por Procurador de los Tribunales, presentó en el Decanato de los Juzgados de Badalona el 11 de abril de 2002 demanda de Diligencias Preliminares para la preparación del juicio, derivadas de incumplimiento o cumplimiento defectuoso en compraventa mercantil, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 2127 y 256 de la LECIV (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuyo suplico recoge: «1. Para que ante la presencia judicial, manifiesten, se les exhiba y reconozcan los legales representantes de «Dark Grey, SL» y Rodríguez Cabrera, SL ambas con el mismo domicilio social, sito en Torrent (Valencia), Polígono Industrial «Masía del Juez», C. Perelló, ..., los siguientes extremos:

- El vínculo o relación existente entre ambas empresas en relación a la compraventa relacionada en el hecho primero.
- Su vinculación con Casadevall Export, SA indicándose las personas que han intervenido – negociación telefónica, vía fax...– en relación al pedido relacionado en los hechos primero y tercero.
- Identificación de la persona que se entrevistó y/o entregó la muestra reseñada en documento núm. 6 –del pedido referencial en su albarán 34 de fecha 11 de marzo de 2002– acompañado de documentos 3 y 12.
- Exhibición y reconocimiento de los documentos acompañados de números 2 al 14.
- Que la entrega se efectuó en calidad distinta de la pactada –menor elasticidad y distinto color en la cara interna– que el pactado.
- Que la entrega fue incompleta entregándose cantidad inferior a la pactada.

2. Para que ante la presencia judicial, mi representada y el legal representante de «Dark Grey, SL» con domicilio social sito en Torrent (Valencia), Polígono Industrial «Masía del Juez», c/ Perelló ..., designen de común acuerdo **perito** experto en ebanistería, y en defecto de acuerdo **perito judicial** para examinar las muestras y las piezas del material suministrado a fin de determinar si la entrega se efectuó en la calidad (color y elasticidad) y cantidad pactada». En los respectivos primero y segundo otrosí se hacía constar que se admitiera el presente escrito a los

efectos de cumplimentar el trámite previsto en el art. 342 del Código de Comercio (LEG 1885\ 21) y que se ofrecía a prestar la caución que se le señalase en el Juzgado.

SEGUNDO Dicho asunto fue repartido al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Badalona, que dictó Providencia el 25 de abril de 2002, haciendo constar que «dado que la parte demandada tiene su domicilio en Torrent (Valencia), pudiendo ser territorialmente incompetente para conocer de la demanda de Diligencias Preliminares, de conformidad con los arts. 257 y 58 de la LECIV (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), dese traslado por cinco días a la parte actora así como al Ministerio Fiscal a fin de que emita informe sobre esta cuestión». Se señalaba que contra tal proveído cabía recurso de reposición, no obstante lo cual se llevaría a efecto lo acordado.

TERCERO La parte actora no formuló recurso de reposición, pero evacuó el trámite de traslado con escrito con data de 3 de mayo de 2002, con entrada el 6 siguiente, donde hacía constar que conforme al art. 257 LECIV (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) para la intervención pericial el Juez competente es el de Badalona porque es el lugar en que se encuentran las muestras y el material objeto de pericia y aunque la otra petición sería competencia del Juzgado de Torrent, lo más importante es la formulada en el apartado 2.

Por su parte, el Ministerio Fiscal en su escrito de 8 de mayo de 2002 señaló que era competente el Juzgado de Torrent.

CUARTO El Juzgado núm. 8 de Badalona, con fecha 27 de mayo de 2002 dictó auto declarando su incompetencia territorial y consideró competente al de Torrent, acordando remitir las actuaciones al Juzgado Decano de dicha localidad y haciéndose saber a la actora que debía comparecer ante el Juzgado declarado competente y que dicho auto era firme y contra él no cabía recurso alguno.

QUINTO Remitidas las actuaciones por correo certificado al Juzgado Decano de los de Torrent el 8 de julio de 2002, le correspondieron por reparto al Juzgado núm. 6 que, con fecha 23 de julio de 2002, dictó auto acordando la inhibición de dicho Juzgado y la remisión de todos los antecedentes al Tribunal inmediato superior.

SEXTO Según diligencia de la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Supremo, el 4 de septiembre de 2002 tuvieron entrada las actuaciones procedentes del Juzgado de Torrent y se acordó la remisión a esta Sala. El 7 de octubre pasado se dictó diligencia de constancia de recepción de actuaciones en la Secretaría de este Tribunal y recayó providencia de la misma fecha acordando oír al Ministerio Fiscal y designando Ponente.

SEPTIMO Con fecha de 25 de octubre de 2002 informó el Ministerio Fiscal en el sentido de que la competencia corresponda al Juzgado núm. 6 de Torrent y se acordó pasar las actuaciones al Ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La resolución del Juzgado de Badalona pone su acento, para estimar su incompetencia, en la norma del art. 50.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), mientras que para lo mismo el Juzgado de Torrent parte de que el fuero que determina la competencia territorial es el señalado en el art. 257 del mismo texto legal, que constituye un fuero especial, pero luego estima que la intervención pericial solicitada en el extremo segundo del suplico es la fundamental entre las dos ejercitadas por la actora, utilizando el art. 53 para la acumulación de acciones. El Fiscal del Juzgado de Badalona atiende al domicilio del demandado, de acuerdo con el art. 50.1 y, finalmente, el propio Ministerio Fiscal de esta Sala atiende al art. 257, pero llega a conclusión diferente que el Juzgado de Torrent.

Nos encontramos ante un supuesto de conflicto negativo de competencia territorial, al que se refiere el art. 60 de la Ley Procesal Civil (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), porque ambos órganos jurisdiccionales, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Badalona y el de igual clase núm. 6 de Torrent se declararon incompetentes para el asunto. Precisamente este precepto no tiene precedente en la Ley de 1881 (LEG 1881\ 1) y para decidir adecuadamente debe partirse del dato acreditado, que la entidad actora, compañía mercantil Casadevall Export, SA dedujo demanda de Diligencias Preliminares, lo que explicita así en el encabezamiento de la demanda y repite en el suplico, e implícitamente en la propia exposición fáctica del escrito y en el Segundo otrosí en que ofrece prestar la caución que fije el Juzgado.

SEGUNDO Pueden considerarse las Diligencias Preliminares como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia. Ya la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1986 (RJ 1986\ 3784), estimó tales diligencias como el conjunto de actuaciones dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, por lo que se trata de un proceso aclaratorio que carece de ejecutabilidad. Resultan tradicionales en nuestro Derecho Procesal, pues no sólo se encuentran en la Ley de 1881 (LEG 1881\ 1), sino en su precedente de 1855 y se regulan en la Ley vigente (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), que no se limita a reproducir el texto precedente, sino que amplía los supuestos de aplicabilidad de tales diligencias, si bien elimina alguno de los existentes en la legislación anterior. Interesa destacar que, planteada en la «praxis», si tales diligencias se encuentran o no sujetas a un «*numerus clausus*», o sea si sólo pueden pedirse las consignadas expresamente en la ley o pueden pedirse respecto a otros supuestos de análoga finalidad, la solución fue contradictoria, pues mientras que algunas Audiencias Provinciales en sus sentencias siguieron el criterio taxativo, otras las admitieron en supuestos no previstos en la ley, si bien predominó el criterio restrictivo. Tal criterio es el hoy existente en la nueva Ley pues aunque no lo dice expresamente, hay que entenderlo así, porque ha suprimido alguno de la Ley precedente —«*ad exemplum*»—, la exhibición de títulos en casos de evicción a que se refería el art. 497.4º LECIV/1881, pero ha creado nuevos supuestos, como el núm. 6 del actual art. 256 referido a la defensa de intereses colectivos de consumidores o usuarios. Finalmente, el núm. 7 admite otros supuestos para la protección de determinados derechos previstos en leyes especiales. Por tanto la conclusión, es que sólo pueden considerarse Diligencias Preliminares las establecidas en el art. 256 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil o «las establecidas en las correspondientes leyes especiales», a que se refiere el núm. 7 de dicho artículo.

TERCERO Sentado cuanto antecede, resulta que de las dos peticiones del suplico, la segunda, relativa a que a la presencia judicial la representante de la sociedad actora y la representante de Dark Grey, SL, designen de común acuerdo un perito experto en ebanistería para examinar las muestras y material suministrado a fin de determinar, si la entrega se efectuó en la calidad (color y elasticidad) y cantidad pactada, no sólo no figura en los casos del art. 256, sino que tampoco está recogida en ley especial al respecto, pero, sobre todo, su superfluidad a estos efectos habla por sí misma, porque en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), la prueba pericial puede presentarse con la demanda (arts. 265.1.4º y 336). La consecuencia resulta obligada a la vista de lo que antecede y está recogida en el art. 257.1 que estima órgano competente territorialmente al Juez de Primera Instancia del domicilio de la persona que en su caso hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las diligencias que se acordaren para preparar el juicio. El segundo punto del «*petitum*» es extravagante y ajeno a estas Diligencias Preliminares y, por ello, la competencia radica en el Juzgado de Torrent, pues la única Diligencia Preliminar solicitada, la del apartado 1 del suplico hace competente a dicho Juzgado. El precepto constituye una norma imperativa, como acertadamente señala el Fiscal de esta Sala en su Informe, que deriva precisamente de la prohibición de proponer declinatoria y de examinar en todo caso de oficio su propia competencia, sustrayéndose incluso a las exigencias establecidas en el art. 58 de la vigente Ley (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), dado que no se exige ni la audiencia previa de la parte, ni el dictamen del Ministerio Fiscal. A la vista de toda la argumentación precedente y

LA SALA ACUERDA:

Que la competencia para conocer de las Diligencias Preliminares planteadas, corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Torrent, a quien se remitirán las actuaciones, con emplazamiento de las partes ante dicho Juzgado.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

Cuestiones

1. ¿Qué son las diligencias preliminares?
2. Requisitos legales para la práctica de las diligencias preliminares.
3. ¿Qué sistema establece el art. 256 LEC? Se trata de una enumeración abierta o limitada?

Lección 8.^a Disposiciones comunes a los procesos ordinarios

- **Tutela ordinaria:** Por medio de la tutela ordinaria, los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase, sin limitación alguna (carácter general).

1) Juicios ordinarios:

- a) **Ordinario:** Permite conocer cualquier objeto sin limitación alguna.
- b) **Plenario:** No existe ninguna limitación en las alegaciones que puedan hacer las partes, ni en su uso de los medios de prueba, etc., por lo que estas pueden plantear, ante los tribunales, su conflicto en toda su amplitud y sin limitaciones de ningún tipo. Esto implica que el tribunal no tiene su cognición limitada a un aspecto parcial del litigio, por lo que la sentencia que se dicte desplegará plenos efectos de cosa juzgada.

2) Juicios plenarios rápidos ordinarios (art. 248 LEC):

- a) Juicio ordinario.
- b) Juicio verbal.

- **Tutela privilegiada:**

Juicios plenarios especiales.
Tutela privilegiada.

- **Determinación del proceso adecuado:** Para acudir a los tribunales y plantearles una pretensión es necesario saber cuál es el procedimiento adecuado, de entre los legalmente previstos, para dar solución a dicha pretensión, sea de carácter declarativo, constitutivo o de condena. En este sentido, y dejando aparte los procesos especiales del Libro IV LEC, la LEC reconoce dos procesos ordinarios: ordinario y verbal, estableciendo la distinción entre ellos a partir de un criterio general (la cuantía) y especial (la materia).
- **Criterio general de la cuantía:** Se atiende al valor de la pretensión, a la cuantía del asunto o de la demanda, de forma que todo conflicto entre las partes, cuando no exista tramitación especial, se tramitará conforme al juicio verbal, cuando no supere la cuantía de 6.000 euros (art. 250.2 LEC), y al juicio ordinario, en los casos en que dicha cuantía se supere o para las pretensiones cuyo interés económico resulte imposible calcular, ni siquiera relativamente (art. 249.2 LEC).
- **Determinación de la cuantía:** La fijación de la cuantía corresponde al actor demandante y lo hará en la demanda, con precisión y claridad (art. 253 LEC). El art. 251 LEC establece una serie de reglas de cuya aplicación resulta la cuantía del litigio, completándose por otras reglas de carácter especial en el art. 252 LEC, para los casos de acumulación de pretensiones. Hay que efectuar dos matizaciones:

1) Dicha cuantía no se ve afectada si tras la interposición de la demanda hay una variación en el valor de los bienes (litispendencia); 2) La referencia a la cuantía es siempre necesaria, aunque sea de modo relativo.

– **Tratamiento procesal:**

1º) *Control de oficio por el Juzgado*, siempre que la incorrecta fijación de la misma tenga trascendencia procesal (art. 254.1 LEC).

2º) *Impugnación por el demandado* (art. 255 LEC), siempre que tenga trascendencia procesal, en el juicio ordinario en la contestación en la demanda, resolviéndose en la audiencia previa (art. 422 LEC); y en el juicio verbal, en la vista, resolviéndose en el acto.

– **Criterio especial de la materia:** Es el criterio especial, dando así entrada a las tutelas privilegiadas de determinados asuntos. Por su especialidad, la materia será criterio preferente respecto a la cuantía (art. 248.3 LEC). Por tanto, en atención a la materia nos encontramos, ante los procesos especiales, el Libro IV (capacidad, filiación y matrimonio y división judicial de la herencia); pero también ante los procesos ordinarios (ordinario y verbal). El art. 249.1 LEC enumera las materias que se conocerán por el juicio ordinario; y el art. 250.1 LEC, para el juicio verbal.

– **Tratamiento procesal:** El control de tal criterio se realiza de oficio por el tribunal, pero también puede impugnarse, de la forma vista para la cuantía, por el demandado.

– **Cuestiones incidentales:** Son aquellas que, estando en conexión con el objeto del proceso o con el proceso mismo, y siendo competencia del juez que está conociendo del principal, dan lugar a un nuevo pronunciamiento y a una resolución propia. Se identifican, por tanto, por los siguientes elementos:

1) Conexión con el objeto del proceso (pretensión deducida en el mismo) o con el proceso mismo (relación jurídica procesal), tal y como se establece en el art. 387.

2) Dan lugar a un nuevo procedimiento y una resolución propia.

3) Competencia del juez que conoce del principal (aplicación de las reglas generales de la competencia funcional).

– **Las costas:** Son los desembolsos económicos que deben hacer las partes como consecuencia directa e inmediata de la realización del proceso (art. 241 LEC).

– **La condena en costas:** Para fijar quién debe pagar las costas existen dos grandes sistemas: a) Cada parte paga los gastos ocasionados a su instancia; y b) Una de las partes paga su totalidad, con base en criterios como la temeridad o el vencimiento.

La condena por vencimiento (condena en costas, por tanto) es el criterio seguido por la LEC/2000: a) En primera instancia, el art. 394 LEC establece las dos reglas

- básicas sobre la condena en costas, matizándolas con algunas reglas especiales y un tope cuantitativo; *b*) Recursos: En el recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación, debe aplicarse la regla del vencimiento (art. 398 LEC). Si el recurso se estima total o parcialmente, no habrá condena en costas.
- **Tasación de las costas:** consiste en una operación contable, que realizará el secretario, en la que se incluyen todas las partidas que comprende la condena (art. 243.1 LEC). **Impugnación de las costas:** *a*) Por la parte favorecida en la condena (por no incluirse en ellas gastos que estaban debidamente justificados o porque no se incluyera la totalidad de la minuta de honorarios); y *b*) Por la parte condenada (por que se incluyan partidas no debidas o por importe excesivo de los honorarios no sujetos a arancel). Estamos ante un incidente tramitado conforme al juicio verbal.

Caso docente núm. 8. Caso práctico: Tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

NOTICIA

EL MUNDO, 17 de noviembre 2010

TRIBUNALES | En un programa de Tele 5

‘Paquirrín’, indemnizado con 150.000 euros por ser es

- El hijo de Isabel Pantoja será indemnizado por el daño moral sufrido
- La sentencia dice que el programa no es informativo, «sino simple espectáculo»
- El programa de Tele 5 lo presentó como «una persona degradada mentalmente»

La Audiencia de Sevilla ha condenado a Tele 5 y a un supuesto amigo de Francisco Rivera Pantoja, ‘Paquirrín’, por injuriarle en un programa de televisión en el que se le imputaron **des- de enfermedades mentales hasta ser drogadicto y ladrón.**

La Sección Octava de la Audiencia dice que este caso no supone una colisión entre los derechos a la información y al honor, porque el programa objeto de la demanda «no puede calificarse de información sino de **simple espectáculo** sin interés informativo alguno».

«El derecho a entretener no puede tener ninguna prevalencia sobre el derecho al honor, la intimidad y la dignidad», dice el magistrado José María Frago en su veredicto, que de esta manera anula una sentencia previa de un juzgado de Primera Instancia que desestimó la demanda de ‘Paquirrín’.

Tele 5, obligada a difundir la sentencia

El reclamante será indemnizado en 150.000 euros por el daño moral sufrido, unido a los intereses legales y la obligación de Tele 5 de difundir el encabezamiento y fallo de la sentencia en los mismos espacios donde fue publicada la información injuriosa.

Explica el fallo que «aprovechando la presunta relación de amistad» del condenado con Francisco Rivera, el programa «atentó gravemente contra su honor, haciéndolo aparecer como **una persona degradada mentalmente**, necesitado de un médico, maltratador de su pareja, íntimamente relacionado con las drogas y ladrón».

Las injurias se extendieron a su entorno como su madre, de la que se dijo que no pagaba a sus empleados, y a sus parejas, pues de una de ellas se dijo que ejercía la prostitución.

Todo ello en su conjunto es «un atentado a lo que constituyen las bases del orden democrático, caracterizado por el respeto a los derechos fundamentales de la persona y el ser humano».

Las manifestaciones vertidas en el programa «**en absoluto se pueden amparar en el sacrosanto derecho a la información, que está para otros menesteres** y en absoluto para dar un espectáculo», dice la Audiencia.

Personaje popular, pero ‘con dignidad’

Los jueces consideran que tampoco el hecho de que ‘Paquirrín’ sea un personaje popular y «simplemente en este caso por ser nieto, hijo y hermano de personas con relevancia pública», o que **él mismo utilice esa popularidad para obtener unos ingresos «lo convierte en un ser sin dignidad** al que se pueda insultar, injuriar y denigrar hasta el extremo».

Si el demandante cede su imagen para obtener unos ingresos, lo hace «como cualquier personaje público del espectáculo, futbolistas, cantantes o motoristas», entienden los jueces.

La sentencia reprocha a los condenados que imputasen a ‘Paquirrín’ «desde enfermedades mentales pasando por la droga, delitos contra el patrimonio, así como una de las conductas más denostadas por esta sociedad, maltratador de mujeres».

Cuestiones

1. Explica cuál sería el procedimiento adecuado para interponer la correspondiente demanda.
2. ¿Ante qué tipo de tutela estamos?
3. ¿Qué órgano sería el competente?
4. ¿Qué especialidades hay en este tipo de procesos?

Lección 9.^a Demanda

La demanda es el acto procesal de parte por el que se ejercita el derecho de acción y se interpone la pretensión. En la demanda son importantes los requisitos de contenido y que hacen referencia tanto a la demanda, que es el continente, como a la pretensión, que es el contenido; dichos requisitos sirven algunas veces para su admisibilidad y otras para su estimación.

Requisitos de la demanda (art. 399 LEC):

- 1. Subjetivos:** *a)* determinación del órgano jurisdiccional competente; *b)* designación de las partes.
- 2. Fundamentación:** Se deben exponer de forma separada los hechos y los fundamentos de derecho.
- 3. Petición:** Se debe fijar con claridad y precisión lo que se pide.
- 4. Otros requisitos:** *a)* determinar el tipo de proceso; *b)* en su caso, peticiones y declaraciones accesorias; *c)* fecha y firma.

La demanda se debe acompañar con documentos *procesales* –que son los que condicionan su admisibilidad– y *materiales* –que se refieren a la cuestión de fondo.

Realizado el control de admisibilidad, y si no concurre defecto alguno, la demanda es admitida en general por el secretario judicial por decreto. También puede ser admitida por el juez, por auto, cuando el secretario deba darle cuenta.

Inadmisión de la demanda por razones de fondo: No hay norma expresa que establezca cuando una demanda es o no por razones de fondo, pero obviamente no debe admitirse una demanda cuando es evidente que el ordenamiento no protege el interés alegado por el demandante.

Inadmisión por falta de presupuestos procesales: Se debe distinguir entre si son defectos insubsanables, en cuyo caso el secretario dará cuenta al juez para que resuelva, o si son defectos subsanables, en cuyo caso el secretario concederá un plazo al actor para que subsane, y si este no lo hace, el secretario dará cuenta al juez para que decida.

El efecto procesal de la interposición de la demanda, si es admitida, es la litispendencia. Los efectos de la litispendencia son: 1) En relación con el órgano jurisdiccional, que desde el momento en que se produce, es decir, desde que se admite la demanda, el órgano jurisdiccional tiene el deber de continuar el proceso y dictar sentencia, si concurren los presupuestos procesales; 2) En relación con las partes, supone la asunción de expectativas, cargas y obligaciones; 3) Impide la existencia de otro proceso en el que se den identidades subjetivas y objetivas. Y, 4) Produce la *perpetuatio iurisdictionis*, que implica que el juez competente en el momento de producirse la litispendencia lo siga siendo con independencia de los cambios que se puedan producir a lo largo del proceso.

Establecido en la demanda el objeto del proceso, no podrá alterarse posteriormente.

Caso docente núm 9. Litispendencia, efecto preclusivo
(Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª)
núm. 456/2010, de 14 de julio)

Recurso de Casación núm. 1610/2006
Ponente: Excmo Sr. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil diez.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la demandante D^a Celia , representada ante esta Sala por el Procurador D. Alfonso de Murga y Florido, contra la sentencia dictada con fecha 7 de junio de 2006 por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 195/06 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 179/05 del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, sobre nulidad de revocación de donaciones y reconocimientos de deuda y sobre rendición de cuentas. Han sido parte recurrida los demandados D. Indalecio y D^a Felisa , representados por el Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 3 de febrero de 2005 se presentó demanda interpuesta por D^a Celia contra D. Indalecio y D^a Felisa solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: «(a) declaración de nulidad de las escrituras de reconocimiento de deuda de 30 de diciembre de 1999 (documento núm. 2 de la demanda), y de 31 de diciembre de 1.998 (documento núm. 9 de la demanda) y las anteriores en su caso si existen, y de revocación de donaciones de 2 de marzo de 2.004 (documento núm. 3 de la demanda), y

(b) de rendición de cuentas que debe dar D. Indalecio por el uso del poder de administración de 9 de octubre de 1.985 (documento núm. 4 de la demanda), con entrega del saldo resultante a mi mandante como se detalla en el número 12 de la relación de hechos, con más los intereses legales desde la presente demanda y los moratorios en su caso desde la sentencia que se dicte, y la condena en costas».

SEGUNDO

Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, dando lugar a los autos nº 179/05 de juicio ordinario, y emplazados los demandados, éstos comparecieron y contestaron a la demanda proponiendo la excepción de litispendencia, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se dictara auto de sobreseimiento del proceso respecto de las pretensiones de nulidad de las escrituras de reconocimiento de deuda por la pendencia del juicio ordinario nº 558/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid, sentencia desestimatoria del resto de las pretensiones de la demanda y, subsidiariamente, sentencia íntegramente desestimatoria de todas las pretensiones de la demanda.

TERCERO

Tras acordarse en la audiencia previa que la litispendencia se resolvería en sentencia, ser recibido el pleito a prueba y practicarse ésta, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2005 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: 1º Que desestimando la demanda interpuesta en nombre y representación de D^a Celia debo absolver y absuelvo de la misma a los demandados D. Indalecio y D^a Felisa.

2º/ Las costas se imponen a la parte demandante, debiendo tener en cuenta, en cuanto a su práctica, la cuantía del pleito fijada en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución».

CUARTO

Interpuesto por la demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 195/06 de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 7 de junio de 2006 con el siguiente fallo: «Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. De Murga y Florido en nombre y representación de Doña Celia DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 37 de los de Madrid en el Juicio Ordinario nº 179/05 y en consecuencia estimando parcialmente la demanda iniciadora del procedimiento debemos declarar y declaramos la nulidad de la escritura de revocación de donaciones de 2 de marzo de 2004 otorgada por Don Indalecio y Doña Felisa sin hacer imposición de costas en ninguna de las dos instancias.»

QUINTO

Contra dicha sentencia ambas partes anunciaron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, y tras tenerlos el tribunal de apelación por preparados, las dos partes los interpusieron ante el propio tribunal.

SEXTO

Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los Procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto, el 24 de febrero de 2009, inadmitiendo los recursos de la parte demandada, admitiendo el recurso extraordinario por infracción procesal de la parte actora, admitiendo su recurso de casación respecto de las infracciones alegadas en el motivo primero e inadmitiéndolo respecto de las alegadas en sus otros dos motivos.

SÉPTIMO

El recurso extraordinario por infracción procesal de la parte actora se articula en cuatro motivos formulados al amparo del art. 469.1 LEC, ordinales 1º, 3º y 4º el primero, ordinal 2º el segundo motivo, ordinal 3º el tercero y ordinal 4º el cuarto: el primero por infracción de los arts. 400.2 y 410 LEC; el segundo por incongruencia y falta de motivación de la sentencia recurrida con infracción de los arts. 24 y 120.3 CE ; el tercero por infracción del art. 400.1 LEC; y el cuarto por infracción del art. 24.1 CE. Y el único motivo admitido del recurso de casación se funda en infracción de los arts. 6.3 y 1303 y siguientes del CC.

OCTAVO

Por providencia de 3 de mayo del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- El recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación a examinar ahora por esta Sala son los interpuestos por la demandante, ya que los también interpuestos en su día contra la misma sentencia por los demandados, sus padres, no han sido admitidos por esta Sala.

La demanda rectora del litigio contiene dos peticiones identificadas como (a) y (b). La (a) interesa la declaración de nulidad de dos escrituras de reconocimiento de deuda, una de fecha

30 de diciembre de 1999 y la otra de 31 de diciembre de 1998, ambas otorgadas por la demandante, representada por su padre, a favor de este mismo, «y las anteriores en su caso si existen», así como la declaración de nulidad también de una escritura otorgada el 2 de marzo de 2004 por los demandados mediante la cual éstos revocaron las dos donaciones de acciones de distintas sociedades mercantiles hechas a favor de su hija, la demandante, mediante escrituras públicas de 6 de julio de 1979 y 2 de diciembre de 1988; y la petición (b) es la de rendición de cuentas del demandado padre de la actora por el uso del poder de administración de 9 de octubre de 1985 mediante el cual dicho demandado vino realizando distintas operaciones de venta y compra de acciones a partir de las donadas en su día a la actora, interesándose además la entrega del saldo resultante con los correspondientes intereses legales y moratorios.

El fallo de la sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda aunque no realmente por razones de fondo. Así, en cuanto a la petición de nulidad de las dos escrituras de reconocimiento de deuda se apreció litispendencia, con base en el art. 400.1 LEC porque en un litigio promovido anteriormente por la misma demandante contra su padre, juicio ordinario nº 558/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid, la actora se había mostrado conforme con una compensación de deudas en relación con la deuda reconocida en la escritura de 30 de diciembre de 1999 y había demostrado conocer la otra escritura de reconocimiento de deuda sin interesar su ineficacia, que sí solicitó en cambio en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales nº 483/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid. Por la misma razón no se entra a conocer de la petición de rendición de cuentas, ya que el poder de administración del año 1985 fue revocado por la actora mediante escritura de 29 de septiembre de 2000, casi dos años antes de promoverse el litigio seguido ante el referido Juzgado nº 51, y en la demanda rectora del mismo ya se había pedido que el padre de la actora fuese condenado a rendirle cuentas y a indemnizarla en el saldo resultante, omitiendo por entonces la demandante datos de los que ya era conocedora y que incluye en la demanda rectora del presente litigio. Finalmente, en cuanto a la nulidad de la revocación de donaciones, revocación que según la actora respondería a un intento de sus padres de dejar sin efecto en trámite de apelación la sentencia de primera instancia del pleito anterior, la juzgadora del primer grado consideró que no era competente para pronunciarse al respecto ya que, al ser evidente esa finalidad de la revocación, la competencia correspondería al tribunal que hubiera de conocer de la segunda instancia de ese otro litigio.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, el tribunal de segunda instancia lo acogió en parte y revocó la sentencia apelada para, en vez de rechazar totalmente la demanda, estimar una de sus peticiones de declaración de nulidad, la de la escritura de revocación de donaciones.

La sentencia de apelación comienza por dejar constancia de que en el litigio anterior, el nº 558/02 del Juzgado nº 51, pendiente de decisión de recurso de apelación, el tribunal había rechazado como prueba documental en segunda instancia la propia escritura de revocación de donaciones, según auto admitido como prueba documental en la segunda instancia del presente litigio.

Sobre la litispendencia, el tribunal toma como punto de partida la «modificación sustancial» llevada a cabo por la LEC de 2000 en su art. 400, impeditivo de la reserva de acciones en un litigio entre partes determinadas para ejercerlas después en otro contra la misma parte, considerando el tribunal evidente «que las acciones relativas a la nulidad de determinados reconocimientos de deuda y a la rendición de cuentas podrían haberse presentado y formulado también en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 51», por lo que con base en el art. 400.2 LEC aprecia litispendencia respecto de dichas acciones.

No la aprecia, en cambio, respecto de la acción de nulidad de la revocación de donaciones, pues el argumento de la sentencia de primera instancia sobre la valoración de la escritura de revocación en la segunda instancia del litigio precedente desconoce que en el presente litigio lo debatido es la posible nulidad absoluta de la revocación en sí misma. Y entrando por tanto en el fondo de dicha pretensión de nulidad, acaba estimándola por considerar que las donaciones

revocadas no fueron mortis causa y que no pudo haber incumplimiento de cargas porque las donaciones no imponían carga alguna sino determinados condicionantes que no merecían la calificación de condición en sentido técnico-jurídico.

Como se ha indicado ya, esta Sala no admitió el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la parte demandada contra la sentencia de apelación, de suerte que ha quedado firme la declaración de nulidad de la revocación de donaciones.

También se inadmitieron dos de los tres motivos del recurso de casación de la demandante, uno sobre su petición de rendición de cuentas y el otro sobre su pretensión de nulidad de los reconocimientos de deuda de 30 de diciembre de 1999 y 31 de diciembre de 1998. Sí se admitió, en cambio, el otro motivo, que versa sobre la falta de pronunciamiento acerca de las consecuencias de la nulidad, sí declarada, de la revocación de donaciones. Y también se admitieron los cuatro motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la misma parte actora.

SEGUNDO

- La parte demandada-recurrida, en su escrito de oposición, plantea como cuestión previa la inadmisibilidad de los dos recursos de la actora, tanto en su conjunto como motivo por motivo. Respecto del recurso extraordinario por infracción procesal alega que el escrito de preparación no cumple los requisitos exigibles según la doctrina de esta Sala, pues se citó el art. 469 LEC de una forma genérica; que el motivo primero no concreta qué infracción denuncia, ni en qué momento se cometió ni cuándo se denunció e intentó remediar; que el motivo segundo no indica norma infringida ni cuáles serían los presuntos efectos de la nulidad que interesan a la recurrente, omitiéndose además las mismas indicaciones que en el primero; que el tercero mezcla la litispendencia con cuestiones probatorias y se aparta en la interposición de lo anunciado en la preparación, reiterando las mismas omisiones de los dos motivos anteriores; y que estas mismas omisiones se repiten, en fin, en el motivo cuarto y último, que además consiste en un mero cierre o colofón de los tres anteriores mediante la cita del art. 24 de la Constitución. Además se recuerda que esta Sala inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal de la parte hoy recurrida por defectos que serían asimismo predicables del recurso de la actora, por lo que para la inadmisibilidad de este invoca los principios constitucionales de igualdad (art. 14) e interdicción de la arbitrariedad (arts. 9.3 y 120.3), el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) y el derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Luego, motivo por motivo, reitera en cuanto al primero los reproches de falta de claridad y omisión de previa denuncia del defecto; en cuanto al segundo, su falta de claridad y omisión de denuncia previa, puntualizando además que no se cita el art. 218.1 LEC como infringido, que no se pidió el complemento de la sentencia recurrida y que no se aludió en el escrito de preparación a la rendición de cuentas, sino tan sólo a la nulidad de la revocación de donaciones; en cuanto al motivo tercero, lo tacha de incomprensible y de haber aprovechado la inconcreción del escrito de preparación para introducir materias no denunciadas previamente; y respecto del motivo cuarto, en fin, se reitera que es una mera reproducción de los tres anteriores.

Pues bien, no procede acordar la inadmisibilidad propuesta por la parte recurrida, sin perjuicio de que algunos de sus argumentos sí puedan tenerse en cuenta al entrar a conocer de los motivos como razones, en su caso, para desestimarlos. Debe puntualizarse ante todo que la admisión del recurso extraordinario de la parte actora por infracción procesal no vulnera los principios constitucionales y derechos fundamentales que invoca la parte demandada-recurrida, porque mientras el escrito de preparación de su propio recurso de la misma clase se limitó a anunciar que se ampararía «en varios motivos del art. 469, nº 2º, 3º y 4º «, por haberse infringido normas que no se citaban y el art. 24 de la Constitución, el de preparación de la parte actora, en cambio, anunciaba ya cuatro motivos con cita, salvo en el segundo, de las normas que se consideraban infringidas y que se corresponden con los del escrito de interposición.

No se dio, por tanto, el trato desigual o arbitrario del que se queja la parte recurrida, porque la mera lectura comparativa de los respectivos escritos de preparación revela a primera vista sus notables diferencias.

En cuanto a los defectos que se reprochan a cada uno de sus motivos, ninguno de ellos es determinante de su inadmisión conforme al art. 473.2 LEC, por más que sí puedan tenerse en cuenta al decidir sobre su estimación o desestimación, debiendo mantenerse por tanto lo acordado en su día por esta Sala en fase de admisión.

Por lo que se refiere al ya motivo único del recurso de casación de la parte actora, la demandada-recurrida propugna su inadmisibilidad por denunciar en realidad dicho motivo una falta de congruencia de la sentencia recurrida que debe hacerse valer mediante recurso extraordinario por infracción procesal; por denunciar conjuntamente la infracción de los arts. 6.3 y 1303 «y siguientes del Código Civi», acumulación de normas heterogéneas y utilización de fórmula genérica siempre rechazadas por esta Sala; por mezclar de forma confusa presuntas infracciones normativas y fácticas; y en fin, por consistir prácticamente en una muestra de lo que no debe ser un recurso de casación, adoleciendo de una falta de técnica casacional tan absoluta que, en verdad, causaría indefensión a la parte recurrida.

Tampoco estas razones pueden determinar la inadmisibilidad de ese único motivo del recurso de casación aunque sí puedan tenerse en cuenta para decidir sobre su estimación o desestimación, ya que al margen de la evidente relación del motivo con el del recurso extraordinario por infracción procesal que denuncia incongruencia de la sentencia recurrida, su formulación y su alegato permiten identificar sin dificultad la cuestión jurídica que plantea, consistente en que, acordada la nulidad de la revocación de donaciones, deberían acordarse igualmente las consecuencias de tal nulidad, cuestión sobre la que a su vez versa el art. 1303 CC que en el motivo se cita como norma infringida. Por consiguiente, asimismo debe mantenerse ahora lo acordado en su día por esta Sala en fase de admisión.

TERCERO

.- Entrando a conocer por tanto de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, el primero, amparado en los ordinales 1º, 3º y 4º del art. 469.1 LEC, se funda en infracción de los arts. 400.2 y 410 de la misma ley e impugna la litispendencia parcialmente apreciada por la sentencia recurrida. Según el alegato del motivo, el litigio anterior se promovió únicamente contra uno de los demandados del presente litigio, el padre de la actora, y no también contra su madre como sucede en este; la nueva demanda vino motivada por la revocación de las donaciones, mediante la cual se pretendió preconstituir una prueba para la segunda instancia del pleito pendiente; además, se reclamó a la hoy recurrente un pago mediante burofax de 14 de enero de 2005, muy posterior al litigio pendiente; lo pretendido por la hoy recurrente mediante el presente litigio es defenderse de dos actos posteriores al litigio pendiente, concluido en primera instancia por sentencia de 2 de marzo de 2004; uno de esos actos fue la propia escritura de revocación de donaciones y el otro el burofax ya mencionado; por tanto, tratándose de hechos posteriores, difícilmente pudieron incluirse en la demanda rectora del pleito pendiente; y en fin, el art. 400 LEC «no está redactado para obligar a realizar procesos civiles generales ad cautelam» sino que su «finalidad es mucho más limitada y dirigida al debate del material probatorio de que disponen las partes en el momento del proceso».

Así planteado, el motivo debe ser desestimado. El art. 400 LEC, titulado «Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos», impone a la parte actora, en su apdo. 1, la carga de aducir en la demanda, cuando lo que se pida pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, «cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior», todo ello sin perjuicio «de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación». Y como consecuencia de esa imposición el apdo. 2 del mismo artículo establece que «a efectos

de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este». Por su parte la Exposición de Motivos de la propia LEC de 2000, al ocuparse del objeto del proceso civil, declara que la materia se regula siguiendo el criterio de la seguridad jurídica y el de «la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo». Por eso, añade la Exposición de Motivos, se establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y, en la misma línea, se evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos por vía de excepción y por vía de acción.

Por su parte la jurisprudencia de esta Sala, como señala la sentencia de 3 de mayo de 2007 (rec. 2496/00 con cita de otras muchas), ya declaraba bajo la vigencia de la LEC de 1881 el efecto preclusivo de la litispendencia en cuanto destinada a evitar que sobre una misma controversia, ya sometida a enjuiciamiento, se produzca otro litigio posterior con posibilidad de **resoluciones judiciales contradictorias**.

Pues bien, a la vista de la referida regulación de la litispendencia no cabe reprochar al tribunal sentenciador las infracciones procesales que se denuncian en el motivo.

Debe puntualizarse antes que nada que las referencias del alegato del motivo a la revocación de las donaciones, como hecho posterior al litigio precedente que por tanto la recurrente no pudo incluir en su demanda anterior, carecen de sentido alguno, pues la sentencia recurrida no sólo excluye de la litispendencia la pretensión de nulidad de tal revocación, litispendencia que sí había sido apreciada en primera instancia, sino que incluso acaba declarando la nulidad y por tanto estimando la pretensión de la hoy recurrente sobre esta cuestión.

Y por lo que se refiere al burofax de 14 de enero de 2005 por el que el demandado padre de la actora reclamaba de ésta el pago de una determinada cantidad, tampoco tiene relevancia alguna para excluir la litispendencia, porque según el texto del propio burofax la reclamación se corresponde con el reconocimiento de deuda de 30 de diciembre de 1999 y resulta que este reconocimiento ya fue incluido entre los hechos de la anterior demanda de la hoy recurrente, admitiendo respecto del mismo que la cantidad se compensara con lo debido a ella por su padre demandado, y de este mismo reconocimiento, como también del de 31 de diciembre de 1998, trata la sentencia de primera instancia del pleito anterior.

Lo sucedido, en suma, es que la hoy recurrente incurre en una actuación muy similar a la que reprocha a la parte demandada- recurrida, pues si la revocación de donaciones pudo tener la finalidad de incidir a favor de los demandados en la segunda instancia del pleito precedente, toda vez que la demanda fue estimada parcialmente y se condenó al padre de la demandante a pagarle 9.154.482'47 euros con base, en definitiva, en las donaciones, no otra finalidad de incidir en el objeto del proceso anterior cabe atribuir a que se demande en este litigio la nulidad de unos reconocimientos de deuda después de que la misma parte actora los tuviera por válidos en el proceso anterior admitiendo su compensación, de suerte que las partes, después de un primer juicio ordinario sobre rendición de cuentas y pago del saldo resultante, cuyo objeto comprendió todo lo sucedido a partir de las donaciones en cuestión con subsiguiente administración de lo donado por el padre donante mediante un poder amplísimo, parecen empeñadas en generar toda una cadena de pleitos sobre el mismo objeto, que es precisamente lo que la LEC de 2000 trata de evitar compensando el rigor de la preclusión con la posibilidad de alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia en el propio litigio, no promoviendo otro posterior.

CUARTO

- El segundo motivo por infracción procesal, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC y fundado en «incongruencia de la sentencia y del deber de motivación al respecto», se desestima por no ser la sentencia incongruente, ya que se pronuncia sobre todas las pretensiones

de la demanda confirmando la litispendencia respecto de unas y estimando la de nulidad de la revocación de donaciones, y explica en sus fundamentos de derecho la razón causal del fallo, ya que si la litispendencia se da respecto de la nulidad de los reconocimientos de deuda, con mayor razón se dará respecto de la rendición de cuentas por el uso del poder de administración de 9 de octubre de 1985 y entrega del saldo resultante, pues precisamente este era el objeto explícito del pleito precedente. De ahí que la sentencia de primera instancia dedicara todo su fundamento jurídico quinto a justificar la apreciación de litispendencia respecto de la rendición de cuentas destacando, primero, que el poder de administración había sido revocado por la hoy recurrente en 29 de septiembre de 2000, casi dos años antes de promover el primer litigio, y, segundo, que en este ya se pudo interesar una rendición de cuentas total; en tanto la sentencia de apelación declara por dos veces en su fundamento jurídico segundo que la litispendencia comprende también la pretensión de rendición de cuentas. Por consiguiente no se han infringido los arts. 24 y 120.3 de la Constitución, únicos citados en este motivo sin que, en cambio, se cite ninguno de la LEC relativo al deber de motivación de las sentencias y al requisito de su congruencia.

QUINTO

- El tercer motivo por infracción procesal, formulado al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción de su art. 400.1, se divide en dos apartados: el primero da por sentado que sólo mediante el primer proceso se conoció la actuación del demandado padre de la actora-recurrente, «creando artificiosamente cantidades cuya suma algebraica lleva a una deuda de 298 millones de las antiguas pesetas que pretende cobrar a Doña Celia, después del proceso del Juzgado 51»; y el segundo considera infringidos los arts. 281 y 385 LEC por la «curiosa valoración de la prueba» que hace el tribunal sentenciador estimando probada la condición foral navarra del padre demandado y no la misma condición en la madre codemandada. Así planteado, el motivo se desestima por mezclar dos cuestiones absolutamente heterogéneas; no poder discutirse la valoración de la prueba al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC; no tener nada que ver la valoración de la prueba con el art. 400.1 LEC citado como fundamento común de este motivo; ser irrelevante lo aducido respecto de la condición foral navarra de los demandados puesto que, en definitiva, la pretensión de nulidad de la revocación de donaciones fue estimada; y en fin, reproducir el primer apartado del motivo, hasta donde su lacónico alegato permite entender, el planteamiento del ya desestimado primer motivo por infracción procesal, pues parece referirse a la cantidad que después del primer pleito el demandado reclamó por burofax a la actora y, por tanto, a la misma que ésta admitió, en ese mismo primer pleito, se compensara con lo que el demandado acabara debiéndole a ella.

SEXTO

- El cuarto y último motivo por infracción procesal, formulado al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 24 de la Constitución, se desestima por constituir una especie de recapitulación de todos los anteriores a modo de queja generalizada contra la sentencia recurrida, esto es, invocando dicho precepto constitucional de un modo omnicomprendivo que la jurisprudencia de esta Sala considera incompatible con la naturaleza y requisitos de los recursos extraordinarios (SSTs 10-5-93, 18-2-95, 5-7-96, 3-11-97, 28-5-01 y 7-3-03 entre otras). Además, la falta de consistencia material del motivo se evidencia cuando la reclamación de cantidad por burofax, ya alegada en dos de los motivos precedentes, se equipara a una ejecución judicial o, en fin, cuando se recalca la importancia de lo manifestado en la escritura de revocación de donaciones sin considerar que la sentencia la ha declarado nula y que, por tanto, todo lo realizado mediante el poder de administración de 9 de octubre de 1985, revocado antes del primer proceso, tuvo que ser objeto necesariamente del mismo al exigirse la rendición de cuentas del apoderado.

SÉPTIMO

- Entrando a conocer por tanto del único motivo admitido del recurso de casación, fundado en infracción de los arts. 6.3 y 1303 «y siguientes» del CC (LEG 1889, 27) por no haberse establecido en la sentencia recurrida «las consecuencias de la revocación de donaciones», su desestimación se impone con toda evidencia por plantear en realidad una presunta incongruencia

de la sentencia recurrida pero eludiendo la recurrente que ni ella misma pidió en su demanda consecuencia alguna de tal declaración de nulidad, como permite comprobar la lectura de sus peticiones (a) y (b), independiente la una de la otra, ni tampoco, a la vista del fallo recurrido declarando la nulidad interesada pero sin acordar consecuencia alguna, interesó su complemento al amparo del art. 215 LEC, complemento difícil de justificar por demás si se recuerda la independencia de las dos peticiones de la demanda y que la rendición de cuentas por el uso del poder de administración de 9 de octubre de 1985, objeto de la petición (b), era a su vez el objeto del litigio pendiente.

Finalmente, si lo que la parte recurrente pretendiera mediante este motivo fuese el que se acordaran de oficio las consecuencias de la nulidad, como parece desprenderse de la cita, en el apdo. 5 de su alegato, de dos sentencias sobre la pertinencia de acordarlas «incluso sin petición expresa», su desestimación sigue imponiéndose con no menos evidencia porque, de un lado, ni siquiera en las peticiones de su escrito de interposición expresa cuáles serían esas consecuencias, limitándose a solicitar la plena estimación de su demanda, que a su vez no las expresaba; y de otro, tampoco alega que la revocación de donaciones produjera unos efectos de desplazamiento patrimonial que sea preciso remediar aplicando el art. 1303 CC.

OCTAVO

.- Conforme a los arts. 476.3, 487.2 y 398.1 en relación con el art. 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por la demandante D^a Celia , representada ante esta Sala por el Procurador D. Alfonso de Murga y Florido, contra la sentencia dictada con fecha 7 de junio de 2006) por la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 195/06.

2º Confirmar la sentencia recurrida.

3º E imponer las costas a la parte recurrente.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **.-Juan Antonio Xiol Rios.-Roman Garcia Varela.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-FIRMADO Y RUBRICADO.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Cuestiones

1. ¿Qué es la litispendencia?
2. ¿Qué significa el efecto preclusivo de la litispendencia?

Lección 10.^a Contestación a la demanda

Admitida la demanda, el demandado será emplazado por el secretario judicial. Frente a la demanda, el demandado puede allanarse o resistir.

La resistencia del demandado puede consistir en:

- 1) no comparecer –se le declarará en rebeldía por el secretario–;
- 2) comparecer, pero sin formular contestación a la demanda;
- 3) contestar a la demanda;
- 4) reconvenir, es decir, contestar a la demanda e interponer contra el demandante otra pretensión.

Si el demandado decide no comparecer será declarado en rebeldía. La rebeldía, entendida como inactividad por parte del demandado, es inicial y total. Es indiferente la razón por la que el demandado no comparece –las razones se tendrán en cuenta a la hora de reconocerle el derecho de defensa o de concederle la denominada audiencia al rebelde–; precisa de una declaración expresa, que se hace de oficio, en general, por el secretario judicial. La declaración del demandado en rebeldía no impide la continuación del proceso, e implica que aquel pierde la posibilidad de realizar actos procesales (preclusión). Notificada al demandado la resolución por la que se declara la rebeldía, ya no se le notificará ninguna resolución más, salvo la que ponga fin al proceso.

Si el demandado contesta a la demanda, este podrá alegar excepciones procesales, es decir, el demandado podrá alegar la falta de presupuestos procesales –la válida constitución de la relación jurídica procesal– y/o excepciones materiales. A través de estas, el demandado se referirá al fondo del asunto, con el propósito de que la pretensión del demandante sea desestimada.

La contestación a la demanda es el acto de parte por medio del cual el demandado pide que no se dicte contra él sentencia condenatoria. Se debe acompañar, al igual que la demanda, con documentos procesales y materiales.

La reconvencción consiste en la interposición por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, que se entabla ante el mismo juez y con el mismo procedimiento en el que se tramita la pretensión del demandante, para que sea resuelta en la misma sentencia, que tendrá que contener dos pronunciamientos.

Caso docente núm. 10. Demandado, rebeldía (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 491/2010, de 25 de noviembre)

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 9/2005

Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la procuradora D.ª Rosina Montés Agustí, en nombre y representación de D. Juan Pablo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Algeciras, de fecha 15 de marzo de 2003, en el juicio de menor cuantía número 18/2001, siendo parte recurrida Alvamar S.L, D. Cirilo y D.ª Felisa, representados por el procurador D. Miguel Angel Capetillo Vega.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

- La representación procesal de D. Juan Pablo presentó demanda de revisión el 31 de enero de 2005 contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Algeciras de 15 de marzo de 2003 dictada en procedimiento de menor cuantía n.º 18/2001.

La demanda contenía, en resumen, las siguientes alegaciones:

El 20 de diciembre de 2000 D. Cirilo y D.ª Felisa, así como la sociedad Alvamar, S. A. interpusieron demanda contra el hoy demandante D. Juan Pablo ante los Juzgados de Algeciras resolutoria de contrato de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio aplazado. El 16 de diciembre de 1999 se practicó notarialmente un requerimiento en la dirección parcialmente consignada en la demanda, finca DIRECCION000 o DIRECCION001, CARRETERA000, kilómetro NUM000, Puebla de Vúcar, Almería, el cual fue devuelto por ser desconocido el destinatario. El 16 de febrero de 2000 se intentó un nuevo requerimiento notarial que tampoco fue practicado. El 26 de mayo de 2000 se intentó un tercer requerimiento con el mismo resultado.

Los actores, sin embargo, con anterioridad a interponer la demanda conocían plenamente que el domicilio donde se habían practicado los requerimientos no era adecuado para notificar personalmente ningún acto procesal. El juez dictó providencia el 12 de febrero de 2001 requiriendo a la parte actora para que manifestase el domicilio de la parte demandada. Meses después de la providencia los actores manifestaron que el pueblo de Vúcar es una pedanía de pocos habitantes donde se conocen todos y que habían conseguido realizar averiguaciones concretando que el domicilio es la Finca DIRECCION000 o DIRECCION001, en la CARRETERA000, kilómetro NUM000, en Puebla de Vúcar, Almería.

El 22 de octubre de 2001 el oficial habilitado del Juzgado de Paz de Vúcar extendió una diligencia negativa de emplazamiento en la que hace constar que la vivienda se encuentra cerrada, con signos de abandono, y que no se encontraba nadie ni vecinos alrededor. Los actores solicitaron que se practicara notificación edictal, pero el Juzgado ordenó que se librase oficio a la Policía Local de Vúcar, la cual informó el 18 de marzo de 2002 que el interesado se había marchado a Alcalá de Henares y que no se conocían más datos. Acto seguido se ordenó que se librase oficio a la Dirección General de la Policía de Madrid, así como a la Policía Local de

Alcalá de Henares. Solamente se contestó el primero de los oficios, en el cual se dice que las gestiones realizadas para averiguar el domicilio del interesado han dado resultado negativo, toda vez que no reside en la CALLE000 NUM001, NUM002.

Sin esperar el oficio de la Policía Local el juez ordenó el emplazamiento por edictos.

De esto se desprende que los actores pretendieron engañar y engañaron al Juzgado, a pesar de que este actúa diligentemente tratando de averiguar el domicilio del demandado, y se conformó con el oficio de la Dirección General de Policía en la que se afirmaba equivocadamente que D. Juan Pablo no residía en la CALLE000, NUM001, NUM002, extremo que hubiera sido confirmado por la Policía Local.

De la demanda se desprende que los actores eran conscientes de que se estaba tramitando un Plan Parcial en el Ayuntamiento de Algeciras del cual dependía la efectividad del segundo pago, en función de su aprobación con las «modificaciones que determinará el Ayuntamiento» en la tramitación del Plan Parcial. Todas las notificaciones realizadas a D. Juan Pablo se realizan en un domicilio determinado, CALLE001, n.º NUM003, de Algeciras, domicilio de su abogado D. Ignacio Ollero Pina, y las notificaciones son atendidas en el expresado domicilio.

El letrado firmante de la demanda dirigió en su momento una carta al mencionado domicilio a los efectos de poder estipular un acuerdo en relación con las diferencias surgidas en la interpretación del contrato.

Los actores, por consiguiente, conocían plenamente que el domicilio que figuraba en la demanda era insuficiente. Ocultaron el domicilio que realmente les constaba como aquel en que podía ser emplazado del demandado, con la intención de provocar su indefensión.

El 21 de octubre de 2004 el hoy demandante se personó en los autos de juicio declarativo de menor cuantía n.º 18/2001, al tener casualmente conocimiento su abogado de la existencia del mismo. El 9 de octubre de 2004 se notificó la providencia del Juzgado admitiendo la personación. Desde ese instante se tiene acceso al proceso y se comprueban las actuaciones fraudulentas de los actores.

Tras exponer los fundamentos de derecho jurídico-procesales que estima pertinentes, invoca el artículo 510.4 LEC, en el que se recoge el motivo de revisión de la sentencia firme consistente en haber obtenido los actores injustamente una sentencia favorable mediando maquinación fraudulenta. Invoca diversas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de mayo de 2003, 14 de mayo de 2003, 16 de junio de 2003, 18 de junio de 2003, 10 de septiembre de 2003, 16 de febrero de 2002, 9 de julio de 2002, 9 de septiembre de 2002 y 24 de septiembre de 2002).

Termina solicitando de la Sala «Que se digné admitir este escrito, así como las copias prevenidas y documentos que le acompañan, presentado en tiempo y forma, me tenga por parte en la representación por quien comparezco y se entienda conmigo las sucesivas diligencias, se sirva admitir la demanda de revisión y una vez admitida solicite que se le remitan las actuaciones, emplazando a cuantos en el hubiera litigado o a sus causahabientes, confiriéndole plazo para contestar la demanda y previo informe del Ministerio Fiscal, resuelva la procedencia de aquélla, estimando el presente recurso de revisión contra la sentencia dictada en fecha 15 de marzo de 2003 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Algeciras (Cádiz) se rescinde en su totalidad dicha sentencia impugnada, mandando expedir certificación de la presente sentencia y devolver los autos al Juzgado de origen, para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente, condenando a las costas causadas y con devolución del depósito constituido.»

SEGUNDO

. - La demanda no fue admitida por ATS de 14 de marzo de 2005. Este auto fue anulado por STC de 26 de enero de 2009, dictada en el recurso de amparo n.º 2604/2005 por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Declara el TC que el recurrente determinó con claridad en su demanda la fecha de conocimiento de las maquinaciones fraudulentas que atribuye a los actores a partir del momento en que tuvo acceso al proceso y considera que no puede aceptarse el criterio que sustenta la resolución impugnada de equiparar el momento en el que el recurrente tuvo conocimiento ocasional de la existencia del procedimiento civil con la fecha de conocimiento del eventual fraude que imputa a los actores, pues es esta última la fecha relevante a los efectos del plazo establecido en el artículo 512.2 LEC.

TERCERO

. - La representación procesal de Alvamar, S. L., D. Cirilo y D.^a Felisa contestó a la demanda formulando, en resumen, las siguientes alegaciones:

La sociedad no ha incurrido en una maquinación fraudulenta para evitar la comparecencia del Sr. Juan Pablo en el juicio de menor cuantía, sino que fue él quien ocultó maliciosamente cualquier domicilio en el que pudiera ser emplazado y se negó sistemáticamente a recibir cualquier notificación en el domicilio indicado en el contrato. El domicilio completo, que no consta en el contrato de compraventa, fue facilitado por el abogado del Sr. Juan Pablo y se realizaron diversos intentos de notificación notarial en el mismo. La parte demandada tenía constancia en el requerimiento efectuado por el notario de cuál era la casa del Sr. Juan Pablo por contestaciones de preguntas dirigidas a vecinos del pueblo. Posteriormente en la notificación por correo enviada notarialmente al citado domicilio se negaron a hacerse cargo de la carta resolutoria, sin indicar cualquier otro domicilio conocido.

El actor no menciona el contenido de los requerimientos que dice no atendidos, porque de ellos queda acreditado que se realizaban en el domicilio del Sr. Juan Pablo. En uno de los requerimientos el notario afirma que un vecino, que no quiso dar su nombre, le indicó dónde se encontraba la finca y casa de D. Juan Pablo. En otro de los requerimientos el funcionario de Correos indica que personado en el domicilio indicado encuentra a una persona que se niega a recibir la notificación.

La sociedad, como se indica en el contrato, había renunciado a favor del Sr. Juan Pablo cualquier tipo de actuación ante el Ayuntamiento. Pero el demandante cambia maliciosamente las palabras literales del contrato para darle otra interpretación y poder justificar su incumplimiento cambiando la palabra «determine» por «determinará». Con ello pretende salvarse el claro incumplimiento del Sr. Juan Pablo, que ha dejado pasar más de 12 años sin que la sociedad tenga noticias de él.

Se indica que el domicilio del Sr. Juan Pablo es el domicilio de su abogado y como prueba se aportan cinco escritos del expediente administrativo. Uno de ellos consiste en una escritura pública otorgando poder especial en nombre de la entidad Cala Alta, S. A., a favor de D. Juan Pablo, indicando que su domicilio es precisamente aquel en el que ha sido emplazado.

En el domicilio del abogado indicado se intentó notificar una demanda de conciliación que fue rechazada y el propio abogado comunicó que no estaba autorizado a recibirla. Fue este mismo abogado el que proporcionó al abogado de la sociedad el domicilio que completa el indicado en el contrato en la Puebla de Vúcar.

La parte actora no despliega ningún medio de prueba que acredite que el verdadero domicilio era el de la CALLE000 de Alcalá de Henares.

La sociedad no tenía interés alguno en el que el pleito se efectuara en rebeldía del demandado, ya que eran claros conocedores del incumplimiento por parte del comprador. Hubiera sido fácil que el Sr. Juan Pablo indicara su verdadero domicilio.

No existe maquinación fraudulenta porque esta exige una irrefutable verificación de que se ha llegado al fallo por medio de argucias y esta situación no se ha dado en el procedimiento de menor cuantía, pues fue el Sr. Juan Pablo el que, incumpliendo sus obligaciones contractuales, trató de impedir que se notificaran los requerimientos resolutorios negándose a recibir notificaciones.

Cita la STS de 6 de septiembre de 2007.

Cita, asimismo, las SSTS de 2 de marzo de 1999, 24 de febrero de 2000, 24 de abril de 2001, 19 de mayo de 2003, 14 de mayo de 2003, 9 de mayo de 2007.

Es clara la relación del Sr. Juan Pablo con el domicilio donde han se han practicado todas las notificaciones.

La actuación de D. Juan Pablo no se ajusta a las reglas de la buena fe. No se ajusta a este principio quien ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo, dando lugar al llamado retraso desleal, que apoya en diversas SSTS.

Considera que existe actuación en contra de los actos propios, pues el Sr. Juan Pablo no actuó con la debida diligencia al no comunicar a la sociedad que se había producido un cambio en su domicilio habitual consignado en el contrato de compraventa de 1992.

Concorre, asimismo, abuso del derecho, porque la actuación del Sr. Juan Pablo supone pretender ejercitar el cumplimiento de un contrato 17 años después de su fecha o más de 12 desde que dio alguna señal de su intención de cumplir con el pago.

Termina solicitando de la Sala «[q]ue teniendo por presentado este escrito con sus copias y demás documentos se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda en los presentes autos y, previos los trámites oportunos, sea dictada sentencia desestimatoria de las pretensiones aducidas de contrario y con expresa imposición a la demandante de las costas habidas en el proceso y pérdida del depósito realizado.»

CUARTO

. - En el acto de la vista las partes se ratificaron en sus respectivos escritos y se practicó prueba documental y testifical, esta a propuesta de la parte demandada, que, junto con otro testigo, comprendió la declaración de un investigador privado, quien ratificó el informe aportado con la contestación a la demanda, en el cual se hace constar, entre otros extremos, que distintos vecinos de la localidad identifican perfectamente a D. Juan Pablo como residente desde siempre en Puebla de Vúcar, aunque pasa temporadas viajando constantemente a Albacete y Madrid, y señalan como su domicilio la vivienda en la que se practicaron los requerimientos, situada en el punto kilométrico 422, 650 de la carretera CN-430, y que los empleados de determinada Estación de Servicio señalan que efectivamente el Sr. Juan Pablo vivía allí y así también se informa en la Jefatura de la Policía Local y en la Oficina de Correos.

QUINTO

. - Para la celebración del juicio verbal se fijó el día 1 de julio de 2010, en que tuvo lugar la vista prevista en la LEC. En el acto de la vista las partes se ratificaron en sus respectivos escritos y el fiscal solicitó la desestimación de la demanda, por entender, entre otras consideraciones, que no se había demostrado la existencia de maquinaciones fraudulentas para la ocultación del domicilio, y que, por su parte, la parte demandante ni siquiera había expresado con claridad cuál era el domicilio real de su representado, pues no podía admitirse como tal el domicilio del abogado, respecto del cual la prueba testifical había acreditado que no era hábil para recibir notificaciones en su nombre, y, por otra parte, se había acreditado que el demandante residía en el domicilio de Puebla de Vúcar durante temporadas, por lo que era conocido en él, a pesar de lo cual se rechazaron los requerimientos a él dirigidos.

No habiéndose cumplido el plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Ponente.

SEXTO

En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

ATS, auto del Tribunal Supremo.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

PR, procedimiento de revisión.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

. - Resumen de antecedentes.

1. La representación procesal de D. Juan Pablo presentó demanda de revisión contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Algeciras de 15 de marzo de 2003 dictada en procedimiento de menor cuantía n.º 18/2001, mediante la que se había estimado la demanda presentada contra el hoy demandante por D. Cirilo y D.ª Felisa, así como la sociedad Alvamar, S. L., instando la resolución de un contrato de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio aplazado.
2. La demanda se fundaba en la existencia de maquinación fraudulenta consistente en haber ocultado los demandantes el domicilio del demandado, pues los requerimientos notariales se habían dirigido a un domicilio inadecuado, situado en la Puebla de Vúcar (Almería), sin realizar las pertinentes averiguaciones sobre el verdadero domicilio del demandado, en Alcalá de Henares, ni intentar practicar las notificaciones en el domicilio de su abogado, que había sido consignado como domicilio para notificaciones en el expediente administrativo de aprobación del Plan Parcial a la que estaba condicionada el cumplimiento del contrato.
3. La demanda no fue admitida por ATS de 14 de marzo de 2005. Este auto fue anulado por STC de 26 de enero de 2009, dictada en el recurso de amparo n.º 2604/2005 por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.
4. Admitida la demanda, para la celebración del juicio verbal se fijó el día 1 de julio de 2010, en que tuvo lugar la vista prevista en la LEC.

SEGUNDO

. - La ocultación del domicilio de la persona contra la que se dirige una acción judicial.

La maquinación fraudulenta está representada por una concreta actuación maliciosa, que supone aprovechamiento deliberado de determinada situación, llevada a cabo por el litigante vencedor, mediante actos procesales voluntarios que ocasionan una grave irregularidad procesal y originan indefensión (SSTS de 5 de julio de 1994 , 22 de mayo de 1996 y 19 de febrero de 1998).

Esta Sala tiene declarado que los motivos de revisión deben ser interpretados con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos

declarados en la sentencia (SSTS 27 de enero de 2009, PR n.º 24/2005, 3 de mayo de 2007, PR n.º 69/2005, 27 de marzo de 2007, PR n.º 7/2005). Este principio está sujeto a las matizaciones que imponen los supuestos resueltos en cada caso por la jurisprudencia.

Una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia es aquella en que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía (SSTS de 14 mayo 2003, 9 de mayo de 2007 PR n.º 4/2005, 6 de septiembre de 2007, PR n.º 56/2005). Esta causa de revisión ha sido relacionada por la jurisprudencia con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que, según la jurisprudencia constitucional, debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que solo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber mudado de habitación (artículos 269 y 1576 LEC).

Como consecuencia de ello se ha entendido que no cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando existe una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación o, si se trata del emplazamiento de los herederos, cuando resulta posible averiguar la identidad de los sucesores (STS 19 de febrero de 1998, PR n.º 497/1997). En consecuencia, el actor tiene la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente, aunque no cabe exigirle una diligencia extraordinaria (STS 3 de marzo de 2009, PR n.º 49/2005).

De no hacerlo así se entiende que el demandante ha incurrido en ocultación maliciosa constitutiva de la maquinación fraudulenta que puede dar lugar a la revisión de la sentencia (STS 16 de noviembre de 2000, PR n.º 378/2000). En suma, la maquinación fraudulenta consistente en la ocultación maliciosa del domicilio del demandado concurre objetivamente no solo cuando se acredita una intención torticera en quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal indefensión se produjo por causa no imputable al demandado (SSTS 9 de mayo de 1989; 10 de mayo de 2006, 14 de junio de 2006, 15 de marzo de 2007, PR n.º 8/2006).

TERCERO

. - Desestimación de la demanda.

La aplicación de la doctrina recogida en el anterior FJ al caso examinado conduce, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal emitido en el acto de la vista, a la desestimación de la demanda, en virtud de los siguientes razonamientos:

a) No se ha probado que la parte hoy demandada ocultara el domicilio de la persona contra la que en su día dirigió una demanda de resolución de contrato por incumplimiento de la obligación de pago aplazado. De la prueba documental aportada por las partes, así como de la prueba testifical practicada en el acto de la vista, se llega a la conclusión de que la parte facilitó al Juzgado los datos de que disponía en relación con el domicilio consignado en el contrato, en el que se ha acreditado que residía la parte contra la que dirigía la demanda al menos durante determinadas temporadas y en el cual era suficientemente conocido, por tratarse de una localidad de pocos habitantes.

b) No se ha acreditado que existiera otra posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado mediante una razonable diligencia, toda vez que las diligencias policiales encaminadas a averiguar su posible domicilio en Alcalá de Henares resultaron fallidas, pues la Dirección General de Policía negó que el domicilio de Alcalá de Henares fuera el que realmente correspondía al entonces demandado. Por otra parte, este, como subrayó el Ministerio Fiscal

en el acto de la vista, no ha aportado documento ni justificación alguna para probar su afirmación de que el domicilio de Alcalá de Henares era su domicilio real.

c) No puede considerarse que la parte que presentó la demanda de resolución del contrato haya incumplido la carga procesal de suministrar los datos al Juzgado necesarios para intentar la notificación en otros lugares en los que existía base racional suficiente para estimar que pudiera hallarse la persona contra la que se dirigía la demanda. En efecto, el domicilio del abogado, que figuraba en los documentos relativos a la tramitación del expediente administrativo como domicilio de notificaciones, ha quedado acreditado que no podía operar como un domicilio apto para notificar la resolución del contrato, pues, según se ha corroborado mediante la prueba testifical, el referido abogado no estaba autorizado para recibir notificaciones en relación con la resolución del contrato por incumplimiento.

d) Las circunstancias del caso reveladas por la prueba documental y testifical practicada hacen presumir que el demandante de revisión tuvo la oportunidad de conocer que en el domicilio de la Puebla de Vúcar, en la que era suficientemente conocido, habían intentado practicarse notificaciones notariales (que era de suponer podían tener que ver con el contrato cuyo precio aplazado no había satisfecho), no obstante lo cual la reiteración de los expresados requerimientos fue inútil e incluso uno de ellos fue expresamente rechazado por una persona que se hallaba en el expresado domicilio.

e) Las circunstancias del caso no acreditan que el hoy demandante en revisión actuara con una razonable diligencia, dado el largo tiempo transcurrido desde la firma del contrato hasta el momento en que por su parte se puso de manifiesto su voluntad de cumplimiento, pues resulta difícil de admitir que el requisito de la tramitación de un expediente administrativo para la aprobación de un Plan Parcial justificara un total silencio del hoy demandante durante largos años, en los que no formuló comunicación alguna sobre el cambio de domicilio que dice haberse producido.

CUARTO

. - Desestimación de la demanda.

Según el artículo 516.2 LEC «[s]i el tribunal desestimare la revisión solicitada, se condenará en costas al demandante y perderá el depósito que hubiere realizado.»

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1 Se desestima la demanda de revisión de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Algeciras de 15 de marzo de 2003 en el procedimiento de menor cuantía n.º 18/2001, interpuesta por la representación procesal de D. Juan Pablo .

2 Se imponen a la parte demandante las costas de este proceso y la pérdida del depósito constituido.

3 Hágase saber a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Firmado y rubricado.-Juan Antonio Xiol Rios.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Cuestiones

1. ¿Qué efectos tiene declarar al demandado en rebeldía?
2. ¿Qué es la maquinación fraudulenta?

Lección 11.^a Audiencia previa y Juicio

En el juicio ordinario, contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, el secretario convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de 20 días desde la convocatoria (art. 414 LEC).

Las *características* de la audiencia previa son: 1) Se realiza después de la contestación a la demanda; 2) Se debe convocar por el tribunal, en todo caso; 3) Es un acto público, oral y con inmediación; y 4) No es necesaria la presencia personal de las partes –a la audiencia puede comparecer la parte personalmente, pero también puede comparecer su procurador, si bien en este caso, el procurador tiene que tener poder para renunciar, allanarse o transigir, pues en caso contrario se tiene a la parte por incomparecida.

Finalidades de la audiencia previa:

1. Función de evitación del proceso: intento de alcanzar un acuerdo entre las partes que evite la continuación del proceso.
2. Función saneadora del proceso: si no se logra el acuerdo, se pasará por el tribunal a cumplir esta función a través del examen de las cuestiones procesales que pudieran impedir la continuación y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.
3. Función delimitadora de los términos del debate: resueltas, en su caso, las cuestiones procesales que se hubieran planteado, se ordena la continuación de la audiencia previa con la finalidad de realizar la fijación precisa del objeto del proceso y de los extremos fácticos y jurídicos controvertidos, es decir, los términos del debate.
4. Función delimitadora de la prueba: delimitados los términos del debate, las partes deben proponer los medios de prueba de los que intentan valerse para convencer al juez sobre la realidad de los hechos controvertidos. El tribunal tendrá que pronunciarse expresamente, admitiendo o denegando cada uno de los medios de prueba propuestos. Admitida la prueba, se procederá a señalar la fecha y la hora del juicio o a declarar su innecesariedad.

El juicio, vista oral, tiene como finalidad practicar las pruebas (las que exigen inmediación, no la documental) y que las partes realicen sus conclusiones.

Las partes comparecerán en juicio representadas por su procurador y defendidas por su letrado; solo es necesaria la intervención personal de las partes cuando se haya propuesto y admitido el interrogatorio de parte.

El juicio comienza con la práctica de los medios de prueba admitidos; practicados estos, se pasará a las conclusiones de las partes, en las que expondrán el resultado probatorio en relación con los hechos controvertidos e informarán sobre la fundamentación jurídica. Terminadas las conclusiones, el tribunal declarará el juicio visto para sentencia.

Si el tribunal no se considera suficientemente ilustrado, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario, para que informe sobre las cuestiones que indique.

Caso docente núm. 11

Lectura de artículo: TASENDE CALVO, J. J. y VARELA AGRELO, J. A. (2009): «Estudio práctico sobre la audiencia previa». Se puede consultar en la base de datos www.westlaw.es.

Referencia: *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2009. BIB 2009\64

Cuestiones

1. ¿Qué opinión le merece la existencia de una audiencia previa en el juicio ordinario? ¿Cree que sirve?

Lección 12.^a Conceptos generales probatorios

La prueba. Fuentes y medios de prueba

- Concepto de *prueba*: actividad procesal por la que se tiende a lograr la certeza o convicción del juzgador respecto a los datos aportados por las partes al proceso.
- La naturaleza de las normas sobre la prueba es procesal, independientemente de su ubicación sistemática.
- Existen diversas formas de clasificar la prueba atendiendo a la relación del juez con las partes (directas – indirectas), según la naturaleza del medio de prueba (personal – real), según su constitución en relación al proceso (preconstituida – casual), atendiendo a los hechos a los que se refiere y su trascendencia para el proceso (principal – contraprueba – prueba de lo contrario) y a su efecto sobre el juez (plena – semiplena).

¿Qué puede ser objeto de la prueba?

El objeto de la prueba en sentido abstracto se refiere a aquellas realidades que objetivamente, sin atender a un proceso en concreto, pueden ser probadas. El objeto de la prueba, en concreto, se refiere a las realidades que deben probarse en un proceso para que sea atendida la petición de una de las partes.

¿Qué puede probarse?

- a) Fundamentalmente la prueba se refiere a las afirmaciones sobre los hechos realizadas por las partes (principio de aportación de parte). No todos los hechos deben ser probados, sino que están exentos de prueba: los hechos no controvertidos, los hechos notorios, los hechos favorecidos por una presunción.
- b) En cuanto a las alegaciones de Derecho, en virtud del principio *iura novit curia*, el derecho no debe probarse, si bien sí que habrán de probarse la costumbre, el derecho extranjero, el derecho histórico o no vigente y el derecho estatutario.
- c) Las máximas de la experiencia se definen por Stein como definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares por encima de los cuales pueden tener validez para otros nuevos.

- La carga de la prueba responde a la idea de quién debe probar los hechos afirmados en el proceso para que el tribunal pueda tomarlos en consideración y sobre quién recaerán las consecuencias de no lograr demostrar sus afirmaciones. En virtud del principio de aportación, la carga de la prueba corresponde a las partes.
- Licitud de las fuentes de prueba: art. 11 LOPJ y SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, y 64/1986, de 21 de mayo de 1986.

Valoración de la prueba

- La prueba debe ser valorada por el Tribunal, debiendo plasmarse en la sentencia dicha valoración (formación interna de la sentencia). Los dos sistemas de valoración de la prueba son: valoración legal y valoración libre. La valoración legal implica que es la ley la que establece la máxima de la experiencia en que el juez debe basarse en el momento de valorar la prueba, mientras que la valoración libre deja al juez que aplique, conforme a su «conciencia», las máximas de experiencia que ha adquirido. En el proceso civil rige un sistema mixto de valoración de la prueba, conviviendo la valoración libre y legal.

Procedimiento probatorio

- Las fases del procedimiento probatorio comunes a todos los medios probatorios son las siguientes: *a)* Recibimiento a prueba, *b)* Proposición de los medios concretos de prueba, *c)* Admisión de los medios de prueba, *d)* Práctica de la prueba. Excepción: la práctica anticipada de prueba y el aseguramiento de prueba.

Caso docente núm. 12. Licitud de las fuentes (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre)

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 167/1984 promovido por don Francisco P. N. contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante, de 10 de mayo de 1983, que declaró procedente el despido del actor, así como contra la Sentencia dictada en recurso de casación por la Sala Sexta del Tribunal Supremo, con fecha 15 de febrero de 1984 (RJ 1984\878), que declaró no haber lugar al recurso de casación contra la anterior.

En dicho asunto han sido parte el recurrente, don Francisco P. N., representado por el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez y asistido por el Abogado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El 14 de marzo de 1984 el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez interpuso recurso de amparo constitucional ante este Tribunal en nombre de don Francisco P. N., contra las precitadas Sentencias de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante y de la Sala Sexta del Tribunal Supremo. Afirmaba el actor que tales resoluciones judiciales vulneraron sus derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones –art. 18.3 de la Constitución (RCL 1978\2836)– y a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 de la norma fundamental). La violación del derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución la imputa el recurrente a una y a otra de las Sentencias impugnadas, conculcación que se extendería también, en la Sentencia de la Magistratura de Trabajo, al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución.

La fundamentación jurídica que se hace en la demanda de amparo de esta queja constitucional puede resumirse del modo que sigue:

a) Por lo que se refiere a la afirmada conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones, entiende el actor que la misma se produjo en la Sentencia de la Magistratura de Trabajo que consideró procedente su despido por infracción de las obligaciones de lealtad y buena fe en sus relaciones para con la empresa [arts. 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980 (RCL 1980\607), en relación con los apartados c) y d) del art. 54.2 del mismo cuerpo legal], que era a la sazón la editora del periódico «Información» de la ciudad de Alicante, integrado en el Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado», periódico en el que el recurrente trabaja con la categoría de Redactor. Tal violación de su derecho fundamental se habría producido porque en el proceso laboral seguido a su instancia contra el despido de que fuera objeto se consideró como prueba de sus faltas laborales, de modo exclusivo, un instrumento ilegítimamente obtenido, a juicio del señor P. N., como fue la grabación fonográfica de la conversación por él mantenida, el 14 de septiembre de 1982, con quien ocupaba entonces el cargo de Consejero técnico del Gabinete del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dicha grabación se obtuvo, según consta en las actas del proceso ante la Magistratura, por el interlocutor del señor P. N. sin conocimiento de este, circunstancia invocada por el recurrente en amparo para calificar dicha grabación como atentatoria de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. En nueva violación de idéntico derecho fundamental habrían incurrido la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Alicante, que falló a partir de un documento, antijurídicamente obtenido,

y la Sala Sexta del Tribunal Supremo, que, según el recurrente, realizó una «interpretación errónea» del mencionado precepto constitucional. Esta última interpretación, como se desprende de la propia Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1984, consistió, en síntesis, en afirmar (considerando 3.º) que la invocada infracción del art. 18.3 de la Constitución no podía imputarse a la Sentencia de instancia, en la que el Juzgador se limitó a declarar probado que en una conversación telefónica el demandante hizo las manifestaciones que motivaron su despido, hecho este que tuvo acceso a los Autos no sólo a través de la transcripción escrita de aquella conversación, sino también mediante otras pruebas y, entre ellas, la declaración de quien fue interlocutor en la misma. Por lo demás, consideró la Sala Sexta del Tribunal Supremo que el derecho reconocido en el art. 18.3 de la norma fundamental garantiza el que entre remitentes y destinatarios de cualquier comunicación no se interponga un tercero, sin contemplar para nada el uso que puedan hacer los destinatarios de lo que les sea comunicado. Esta interpretación es discutida por el recurrente en amparo, quien afirma en su demanda que el artículo 18.3 de la Constitución protege «la intimidad de la conversación» no sólo frente a terceros, sino también frente a cualquiera de los comunicantes, impidiendo, en consecuencia, la colocación por uno de ellos, sin conocimiento del otro, de un instrumento de grabación que recoja el contenido de la conversación. Tal conducta —se dice en la demanda— constituiría, además, una de las «intromisiones ilegítimas» que describe y sanciona el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982\1197), puesto que en el núm. 1 de este precepto se considera tal «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha». Por último, la antijuridicidad de este proceder se agravaría cuando lo así retenido se transcribiese —«con alteraciones» se dice— y se presentase como documento ante un Tribunal de justicia.

b) En lo relativo a la presunta conculcación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución), entiende el recurrente que incurrió en ella el Magistrado de Trabajo al apoyarse, como única prueba, en la mencionada grabación fonográfica, acogiendo así un instrumento probatorio, que, según el actor, ha sido descalificado como prueba por el Tribunal Supremo e ignorando, además la máxima de que «el dolo no debe aprovechar a la persona que lo comete», «principio general del Derecho», según se pretende en la demanda de amparo. Por último, señala el recurrente como otra irregularidad procesal el no haberse requerido a efectos de que reconociera la transcripción fonográfica de la conversación en la que fue parte.

Por todo ello solicita que, otorgándose el amparo solicitado, se declare la nulidad del despido de que fue objeto por parte de la Empresa «Medios de Comunicación Social del Estado», reconociendo su derecho a no sufrir discriminación alguna y restableciéndole, por tanto, en la integridad de sus derechos, con readmisión en la empresa de la que fue despedido.

Segundo.-En el trámite de alegaciones la representación de la parte actora se ratificó en el escrito de demanda, sin introducir rectificación alguna. Como ampliación de la fundamentación del recurso reprodujo una serie de preceptos jurídicos, que, a su juicio, apoyan la interpretación por él defendida del art. 18.3 de la Constitución. Tales disposiciones son, en primer lugar, los arts. 368 y 369 del Código Penal francés, así como los arts. 179 bis y 179 ter del Código Penal suizo, en los que, según el recurrente, se sancionan conductas próximas o idénticas a la grabación magnetofónica de la conversación en la que fue parte. Reproduce también en sus alegaciones el recurrente los artículos 192 bis y 497 bis de lo que era, al tiempo de redactarse su escrito, Proyecto de Ley Orgánica sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas, texto incorporado hoy al Código Penal por la vigente Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre (RCL 1984\2480). Entiende el recurrente que los preceptos incluidos por esta Ley en el Código Penal no distinguen, en la sanción que imponen frente a las escuchas ilegales, entre la grabación de la conversación por uno de los participantes en la misma o por un tercero, coincidiendo así la norma con los preceptos foráneos antes transcritos y con la interpretación del art. 18.3 de la norma fundamental sostenida por el actor.

Las alegaciones del Abogado del Estado pueden resumirse del modo que sigue:

- a) La invocada violación del art. 24.2 de la Constitución, por haberse dictado Sentencia a partir de una «única prueba», consistente en la transcripción de una cinta magnetofónica, y por no haberse aplicado el principio general del Derecho, según el cual el dolo no debe aprovechar a la persona que lo comete, constituyen afirmaciones que denotan una simple discrepancia del actor con el fallo dictado, lo que supone plantear una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena al ámbito propio del recurso de amparo.
- b) En la queja por la presunta conculcación de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la norma fundamental debe dejarse de lado, ante todo, la tacha de inexactitud en la transcripción, por ser problema relativo a la valoración de la prueba por lo órganos de la jurisdicción ordinaria; y entrando en la interpretación del art. 18.3 de la Constitución debe destacarse que, aunque sus distintos apartados tienen una indiscutible trabazón, cada uno de ellos posee su propia función protectora, siendo la de su núm. 3 la de garantizar que nadie ajeno al emisor y al receptor de la comunicación entre en conocimiento del contenido de la misma sin la autorización de los comunicantes. Se trata, pues, de un derecho que obliga a terceros, pero jamás a los propios partícipes en la comunicación. Una vez que el contenido de ésta ha llegado a su destinatario deviene imposible la infracción del precepto constitucional que se considera. El uso que de ella puede hacer el destinatario —o un tercero— podrá, acaso, afectar a otro derecho fundamental, pero nunca al reconocido en el art. 18.3 de la Constitución, lo que significa que la garantía del secreto de las comunicaciones es coextensa con el proceso mismo de comunicación. Por todo ello es improcedente, en el presente caso, la invocación del derecho al secreto de las comunicaciones.
- c) El art. 18.3 de la Constitución protege las comunicaciones frente a la inmisión de terceros que tengan la condición de «poderes públicos», siendo éstos los únicos sujetos potenciales capaces de lesionar este derecho fundamental. En el presente caso no ha habido tal intervención pública, tratándose de una conversación mantenida en términos particulares y resultando a estos efectos intrascendente el que fuera el Ministerio de Transportes uno de los lugares desde los que se mantuviera aquélla y el que el interlocutor del señor P. N. fuera o no colaborador del Ministro. Esta última cualidad —no demostrada— sería irrelevante para poder imputar un acto al Poder Público. Esta misma limitación —por la que se requiere la existencia de un acto de autoridad para entender conculcado el derecho— cabe extenderla al núm. 1 del mismo art. 18 (protección de la intimidad personal), lo que no significa que esta garantía no se proyecte sobre el conjunto del ordenamiento sino, más estrictamente, que sólo cabrá la especial protección del amparo constitucional frente a las agresiones que puedan provenir de la acción de los poderes públicos.
- d) Aunque por las consideraciones anteriores sería ya descartable la existencia de una violación del derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución, conviene examinar, a título aclaratorio y complementario, si ha podido haber —por la grabación o por la difusión de la misma— un atentado al derecho a la intimidad personal. Tal lesión es igualmente inexistente. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, invocada por el actor, protege la «vida íntima de las personas», pero tal garantía no es aplicable en el caso presente porque la grabación no lo fue de nada que pudiera estimarse inserto en dicho ámbito, sino de una conversación que versó sobre la acción política o profesional del hoy recurrente en amparo. No resulta aplicable, específicamente, el apartado 2.º del art. 7 de la Ley Orgánica citada porque la grabación impedida en este precepto opera sólo frente a quienes no fueron los destinatarios de la manifestación así captada, supuesto del todo distinto al presente, en el que es el propio interlocutor quien procede a la grabación misma.
- e) No existió tampoco violación alguna de derecho fundamental en el acto de comunicación de la conversación a la Dirección del organismo donde trabajaba el hoy demandante, ni tampoco en su ulterior utilización procesal. Los hechos divulgados no tienen encaje en ninguna de

las prohibiciones que en defensa de la intimidad, incorporan los núms. 3, 4, 6 y 7 del art. 7 de la citada Ley Orgánica 1/1982. Por lo demás, en su conversación el señor P. N. no se limitaba a depositar una confidencia personal en su interlocutor sino que tendía a «instigar» la acción de este último cerca de la Dirección del periódico «Información» de Alicante para la obtención de un beneficio profesional propio; y el medio para conseguir dicho resultado había de pasar forzosamente por el conocimiento del Director del periódico, o de quien tuviera en su mano la concesión de aquel beneficio. En definitiva, la comunicación no tenía otro objeto que la de hacer del interlocutor del señor P. N. un medio de transmisión de dicha información a otra persona. En el tenor de la conversación no sólo estaba implícita la autorización para divulgarla, sino que tal divulgación era la finalidad misma de la conversación. Cuestión distinta es que producida tal comunicación a terceros, el efecto no fuese el pretendido por el señor P. N., de tal modo que no sirvieron sus medios de presión para conseguir el empleo exigido en el periódico sino, más bien, para hacer procedente el despido.

f) Por último, es cierto que, aun sin tipificación jurídica, la grabación de la conversación por uno de los interlocutores puede plantear dudas en abstracto, sobre su licitud civil, por poder implicar abuso en la fe o confianza de quien habla, al margen de la argumentación doctrinal en favor del «derecho a la voz» o «a la palabra». Todo ello, sin embargo, no es relevante en el presente caso, porque el actor se situó en el ámbito de una causa torpe: alterar sus condiciones de trabajo en beneficio propio, presionando para ello con medios extraprofesionales e impulsando a su interlocutor para coadyuvar a sus propósitos; la divulgación de la comunicación fue, por ello, un lícito medio de defensa en el interlocutor para excluirse de dicha causa torpe y para proteger un lícito interés ajeno.

Por todo ello, la utilización por la Magistratura de Trabajo de la prueba controvertida fue perfectamente regular y lícita, debiendo juzgar los Tribunales sobre las pruebas que son puestas a su disposición.

Las alegaciones del Ministerio Fiscal pueden resumirse como sigue:

a) La invocada violación del art. 18.3 de la Constitución no presenta las condiciones para reconocerla existente. La conversación telefónica tiene un contenido de intimidad sólo frente a terceros; si los interlocutores no divulgan su contenido, ello no será en obediencia a una obligación jurídica de silencio, sino en atención a motivos éticos o estéticos. El interlocutor sólo estará obligado a tal reserva, en su caso, por motivos profesionales.

Por otra parte, la comunicación a un tercero fue requerida por el demandante de amparo, quien solicitó que lo dicho a su interlocutor llegase a conocimiento del Ministro, de quien se exigía ser nombrado redactor jefe de la sección política del periódico «Información» a cambio de no publicar, el mismo recurrente, una noticia que afirmaba sería perjudicial para el propio Ministro.

La grabación en sí misma de la conversación tampoco afecta a derecho alguno de los reconocidos en el artículo 18. El actor invoca el núm. 1 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pero debe tenerse en cuenta que el núm. 2 del mismo artículo refiere la prohibición de emplear medios de escucha y otros que permitan el conocimiento de la vida íntima de las personas, o de sus manifestaciones o cartas privadas, a quienes no fueran sus destinatarios. El destinatario de la conversación puede grabarla y con mayor motivo cuando había de transmitir a un tercero, a quien se le exigía determinada conducta en términos tales que podrían constituir un ilícito penal –art. 494 en relación con el art. 493, ambos del Código Penal (RCL 1963\759, 900 y 1009).

b) La denunciada violación del art. 24.2 de la Constitución adolece de falta de precisión. No cabe en el recurso de amparo reproducir argumentos contra los instrumentos probatorios considerados por el Juez que ya se plantearon en el recurso de casación, porque la interpretación

de la legalidad ordinaria corresponde únicamente a la jurisdicción ordinaria. El recurrente ha tenido acceso al proceso y en él han aportado pruebas ambas partes. No ha sido la documental la única de las pruebas aportadas, sino que han tenido lugar también declaraciones testificales y, por lo demás, la cinta magnetofónica no ha sido, en cuanto tal, tenida en cuenta por el Magistrado. Que el recurrente reconozca o no la conversación no conculca ningún requisito procesal que afecte a la prueba. Por otra parte, el demandante no impugnó la autenticidad de la prueba ni la veracidad de la misma en el acto del juicio.

Tercero.-Por providencia de 26 de septiembre de 1984, se señaló para deliberación y votación del recurso el día 21 de noviembre siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Según en el «petitum» de su demanda dice el actor que la Sentencia de la Magistratura de Trabajo de Alicante y la dictada por la Sala Sexta del Tribunal Supremo han incurrido en violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) y esta alegada vulneración se concreta en la fundamentación jurídica del escrito de interposición del recurso de amparo afirmándose que se habría producido por obra de la admisión como prueba (por la Magistratura de Trabajo) de un instrumento ilegítimamente adquirido y a causa, también, de lo que llama una «interpretación errónea» del art. 18.3 de la Constitución (por parte de la Sala Sexta del Tribunal Supremo).

Este razonamiento del actor no puede compartirse. El recurso de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales por obra de decisiones jurisdiccionales halla un sentido institucional, de modo exclusivo, en la depuración de las actuaciones de estos órganos que «de modo inmediato y directo» [art. 44.1, b), de la LOTC] (RCL 1979\2383) hayan incurrido en dichas vulneraciones, no siendo este proceso constitucional instrumento apto para revisar genéricamente lo resuelto por la jurisdicción ordinaria. En el presente caso la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución española no podría imputarse –con carácter directo e inmediato– a las resoluciones judiciales, sino, según reconoce el recurrente, a los actos extraprocesales que estuvieron en el origen de la decisión de despido. Estas últimas conductas podrían, en su caso, haber incurrido en antijuridicidad y, si así hubiera sido, tal comportamiento contrario a derecho podría haber afectado a la plena validez de las actuaciones procesales, que, en el juicio de instancia, reconocieron fuerza probatoria al objeto que se supone ilegítimamente adquirido, mas aun en tal caso, la lesión no podría referirse directa o inmediatamente a la actuación judicial. Ello es tanto más cierto cuanto que en ninguno de los procesos judiciales que han precedido al presente recurso de amparo se ha planteado como objeto de los mismos la petición de tutela de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. En ellos no ha buscado directamente el actor una reacción judicial frente a la violación que contra él firma haberse cometido, ni tal protección podría, en rigor, haberse dispensado en la vía procesal por la que se ha discurrido. Al no haberse demandado ante la jurisdicción el amparo de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, sino la anulación del despido, no puede sostenerse que la valoración de la prueba por el juzgador o que la interpretación dada por el Tribunal Supremo al citado precepto de la norma fundamental constituyan una lesión autónoma de los derechos en él reconocidos.

En realidad, el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. Ello es claro si se tiene en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se conculca extraprocesalmente para obtener la prueba y aquella otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso. Si se acogiese la tesis del recurrente, habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales

abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos. Esta regla podrá reconocerse como existente en los distintos supuestos, pero no por integrarse en el núcleo esencial del Derecho, sino en virtud de fundamentaciones diversas y a la vista de los intereses tutelados en cada caso por el ordenamiento.

2. En el caso aquí planteado lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido así o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida –y la decisión en ella fundamentada– hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación –y la consiguiente posible lesión– no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución).

En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la «evidence wrongfully obtained» y de la «exclusionary rule», en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States V. Janis* (1976) la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada ...».

Hay, pues, que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita.

Deriva de lo anterior una primera corrección del planteamiento procesal del actor en el presente recurso de amparo. La pretendida lesión jurisdiccional de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución carece de fundamento en este caso y no es posible imputar a las resoluciones impugnadas una conculcación directa e inmediata del derecho del recurrente al secreto de sus comunicaciones.

3. Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del art. 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por este de una prueba tachada por la parte –en casación y ante este Tribunal– de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución).

Este planteamiento obliga a varias indagaciones sucesivas. Es necesario, en primer lugar, determinar la procedencia o improcedencia del empleo, en nuestro Derecho, de instrumentos

probatorios con causa lícita. Hay que precisar, a continuación, si, admitida tal improcedencia en algún caso, su desconocimiento por el juzgador adquiere relevancia en el proceso de amparo por afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. Y debe tenerse en cuenta, por último, si en el caso concreto aquí suscitado se produjo en la consecución de la prueba la lesión extraprocesal de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución.

No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador, sobre la base del art. 556 de la LECr, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención. A este respecto son divergentes las opiniones doctrinales y las soluciones acogidas en los distintos ordenamientos. No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el derecho comparado. Por lo general, los países de «common law» hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como «nula» toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado –por lo que se refiere a las pruebas específicamente «inconstitucionales»– en la Sentencia núm. 34 de 1973, de la Corte Constitucional y en la Ley núm. 98, de 1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que «... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada». En este caso, por lo demás, la Corte italiana no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de carácter general del mayor interés, según el cual «las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquel a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas».

Esta doctrina fue sustancialmente recogida en 1974 por el legislador, adicionándose un nuevo art. 226 al Código de Procedimiento Penal por el que se estableció la ineffectividad procesal «de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la ley».

En el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesto por el art. 10.2 de la CE no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Existe, sin embargo, una resolución en este ámbito que debe mencionarse, por más que su sentido no resulte de necesaria consideración en nuestro derecho sobre la base del citado art. 10.2 de la Constitución. Se trata de la resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de noviembre de 1971, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de demanda formulada contra el Estado austríaco. En esta decisión se acordó que no había implicado violación del art. 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente. Con independencia de que la interpretación relevante, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, es sólo la jurisdiccional del Tribunal Europeo, y no la del Comité de Ministros, lo cierto es que, en el presente caso, este órgano no entró a conocer, en su breve resolución, acerca de que si la

grabación controvertida constituyó o no un atentado a la intimidad (art. 8 de la Convención), sino que, considerándose sólo llamado a decidir sobre la vulneración o no el art. 6 del mismo texto, limitó a este objeto específico su acuerdo.

4. Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica ...» –Sentencia de este Tribunal 25/81, de 14 de julio, fundamento jurídico 5 (RTC 1981\25). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto –público o, en su caso, privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el «deterrent effect» propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no –según se dijo– ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía –por el ordenamiento en su conjunto– de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

Esta conclusión no contraría la doctrina establecida ya por este Tribunal en los Autos de 21 de marzo y de 16 de mayo de 1984, por los que se declararon inadmisibles las demandas de amparo constitucional 764/1983 y 766/1983. Es cierto que, en estas resoluciones, el Tribunal no admitió las invocaciones de la parte fundamentadas en que el Auto del procesamiento recurrido se dictó sobre la base de movimientos probatorios ilícitamente obtenidos, pero no lo es menos que el problema entonces suscitado difería cualitativamente del que se plantea en el presente recurso. En aquellas demandas el actor se limitó a invocar abstractamente una doctrina, sin específica apoyatura constitucional, y a declarar, no menos genéricamente, graves infracciones jurídicas producidas en la obtención de los instrumentos probatorios cuya utilización atacó. Este defecto «abstractamente alegado» –como destaca el Auto de 16 de mayo en su fundamento jurídico 3 «in fine»– no podía, en verdad, ser objeto de atención por el Tribunal, máxime cuando, como también se indicó, la ilicitud invocada en la creación de la prueba hubiera requerido la declaración en tal sentido del Tribunal competente. Por lo demás, en aquel supuesto el recurrente –como advierte el Tribunal– podía haber suscitado tal queja frente al Auto de procesamiento en la fase plenaria del juicio penal, momento en el cual habría habido ocasión de apreciar la fundamentación de esta pretensión. Por ello –y porque, según se dijo, el actor no enlazó en modo alguno la alegada ilicitud en la obtención de la prueba con la defensa de derecho fundamental alguno violado por tal formación irregular– el Tribunal hubo de declarar entonces que el problema planteado era de mera legalidad y ajeno, en cuanto tal, al ámbito del amparo constitucional.

5. Todo lo que se ha dicho en el apartado anterior permite centrar la dimensión constitucional que puede mostrar el problema planteado en el presente recurso de amparo. Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce (y no cabe, según se dijo, entender que el derecho violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente con ocasión de la obtención de ésta) habrá de concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo.

Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido.

La lesión hipotética que aquí se considera no se puede descartar –en este planteamiento preliminar– por el hecho, que subrayan la Sentencia del Tribunal Supremo y el Ministerio Fiscal, de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. No se trata ya sólo de que, en el presente recurso, estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un «concurso instrumental» (prueba documental, y sobre ella, pruebas testificales) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el Juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma.

6. Con estas precisiones es necesario ya pasar al examen de la cuestión de fondo suscitada en el caso presente, analizando si, como aduce el recurrente, la Magistratura de Trabajo falló considerando procedente su despido a la vista de pruebas obtenidas en violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución). Esta indagación no afecta para nada a la exclusiva competencia en el juicio y tampoco extravasa el límite negativo señalado en el art. 44.1, b), de la LOTC en orden a la imposibilidad de «conocer» los hechos que dieron lugar al proceso al resolver al amparo constitucional. En cuanto al primer aspecto, porque tal potestad exclusiva (recordada, entre otras, por la Sentencia 105/1983, de 23 de noviembre, de esta Sala, Fundamento Jurídico 9) (RTC 1983\105), no queda menoscabada cuando lo que se hace, a efectos de la resolución del recurso de amparo, es sólo apreciar la posibilidad constitucional de que determinado instrumento probatorio pueda llevarse a juicio, sin entrar para nada en el proceso de formación de la voluntad del juzgador. Y en cuanto al segundo aspecto, porque el examen acerca de la efectiva producción de la invocada invasión de un derecho fundamental no se realizará aquí, obviamente, para «conocer», en su acepción procesal rigurosa, de tales hechos, y sí sólo a efectos de constatar la legitimidad o ilegitimidad de la prueba así obtenida.

El actor ha afirmado en su demanda y en sus alegaciones que el hecho ilícito que da fundamento a su queja constitucional fue la inicial violación del secreto de sus comunicaciones por su interlocutor, al proceder este a grabar la conversación con él mantenida sin su conocimiento. Esta conculcación de su derecho la argumenta el recurrente aduciendo que «el art. 18.3 no sólo

protege la intimidad de la conversación prohibiendo que un tercero emplee aparatos para interceptarla ... sino que la intimidad de la conversación telefónica, como derecho fundamental, puede ser violada mediante la colocación por uno de los comunicantes de una grabadora, sin consentimiento de la otra parte ...». La supuesta infracción se agravaría, en fin, cuando lo así aprehendido se comunicara a terceros y se presentara como prueba ante un Tribunal.

7. La primera precisión que hay que hacer es que no todas las irregularidades denunciadas por el actor son relevantes en este momento a efectos constitucionales. Tiene trascendencia a considerar la calificación jurídica de la grabación subrepticia, pero no la tiene, en el presente proceso, determinar si fue o no antijurídica la ulterior comunicación a terceros de la grabación misma. El problema planteado es el de la hipotética obtención inconstitucional de una prueba, que en este caso es exclusivamente el registro fonográfico, y carece de relevancia la determinación adicional de si tuvo también causa ilícita, originariamente, el proceso de formación de la voluntad empresarial que llevó al despido del actor. Que las informaciones llegarán a la empresa por medio de un comportamiento que pudiera constituir en sí quebrantamiento de un deber jurídicamente garantizado (por ejemplo, el de guardar reserva de lo conocido como «confidencia») es algo irrelevante en este momento, cuando no se trata de apreciar la legitimidad del despido, sino la regularidad procesal en la admisión de una prueba tachada de ilícita, que se agota en el objeto mismo de la grabación, en lo que aquí interesa.

Con estas advertencias es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el número 1 del mismo artículo.

El derecho al «secreto de las comunicaciones ... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del «secreto»– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el art. 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que este se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 –caso Malone– (TEDH 1984\1) reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado «comptage», permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción «iuris et de iure» de que lo comunicado es «secreto» en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la norma fundamental).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación.

8. Si a esta solución se debe llegar examinando nuestra norma fundamental, otro tanto cabe decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones.

El actor invoca, en primer lugar, en apoyo de su tesis el art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a tenor del cual «tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas ... el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas», y pone en relación este precepto con el art. 18.3 de la Constitución. Esta última conexión internormativa no es exacta (el citado art. 7.1 dispone, más bien, la protección civil del derecho a la intimidad ex art. 18.1 de la Constitución), y además el precepto legal citado no

pueden entenderse fuera de su contexto y finalidad. En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy demandante de amparo no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su «vida íntima» (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982) o a su «intimidad personal» (art. 18.1 de la CE) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera.

En su escrito de alegaciones invoca el recurrente ciertos preceptos de lo que en aquel momento era proyecto de Ley y hoy ya texto legal vigente (Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas) por el que se adicionan sendos artículos –192 bis y 497 bis– al Código Penal. La alegación en este punto del actor se encaminaba a persuadir al Tribunal de que la Ley entonces «in itinere» protegería su derecho en los términos defendidos en la demanda, de tal modo que cabría interpretar que tal protección estaba ya, «in nuce», en el art. 18.3 de la Constitución. No hay tal, sin embargo. Tanto el proyecto como el texto finalmente aprobado por las Cortes contemplan la violación del secreto de las comunicaciones telefónicas, pero dentro de los límites antes expuestos. Lo que se sanciona es la «interpretación» o el empleo de artificios para la «escucha, transmisión, grabación o reproducción», pero siempre sobre la base de que tales conductas, como es claro, impliquen una injerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate. Que esto es así resulta de los párrafos segundos de uno y otro precepto (arts. 192 bis y 497 bis) que aluden, respectivamente, a que la pena correspondiente por la realización de aquellos actos se agravará si se «divulgaré o revelaré» la información obtenida o lo descubierto por cualquiera de los precitados medios. Ello no significa otra cosa sino que la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues, al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada.

Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones). La grabación en sí –al margen su empleo ulterior– sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento por más que sí pueda existir en algún derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada «ad extra» y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: «utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga»).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Denegar el amparo solicitado por don Francisco P. N..

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 29 de noviembre de 1984.-Jerónimo Arozamena Sierra.-Francisco Rubio Llorente.-Luis Díez Picazo.-Francisco Tomás y Valiente.-Antonio Truyol Serra.-Francisco Pera Verdaguer.-Firmados y rubricados.

Cuestiones

1. ¿Qué se entiende por prueba obtenida ilícitamente?
2. ¿Deben surtir efecto las pruebas que se han obtenido violentando derechos fundamentales?
3. ¿Existen excepciones al artículo 11 LOPJ?

Lección 13.^a Medios de prueba

Los medios de prueba, *¿numerus clausus?*

El interrogatorio de las partes

- Consiste en la declaración de las partes o, en supuestos concretos, de terceros, que versa sobre hechos y circunstancias de los que tienen noticia y que están relacionados con el objeto del juicio, relevantes para la resolución del mismo.
- El interrogatorio se realiza mediante un intercambio de preguntas y respuestas.
- Las preguntas se formulan oralmente en la vista, en sentido afirmativo, con claridad y precisión, sin incluir valoraciones. No deben ser capciosas o engañosas ni sugestivas, y deben recaer sobre los hechos respecto a los que se admitió el interrogatorio.
- El interrogado debe comparecer –para lo que deberá ser correctamente citado–, declarar y responder de forma categórica y concluyente.
- El interrogatorio de las partes presenta un doble sistema de valoración, pues se valora legalmente en determinados casos expresamente previstos en la ley, mientras que en los demás casos se valora libremente.

La prueba documental

- Debe distinguirse entre documentos públicos –aquellos que reúnen las solemnidades referidas a la forma y sujeto que los autoriza– y privados, que carecen de ellas.
- La práctica de la prueba documental es sencilla pues, en general, supone la presentación del documento por la parte que lo tiene en su poder, procediéndose a la exhibición cuando no se dispone del mismo. El documento, salvadas algunas excepciones, se acompaña a la demanda y a la contestación a la misma.
- Coexiste el sistema de libre valoración y legal:
 - a) Los documentos públicos: su valor probatorio viene determinado o fijado por la ley, aunque no siempre es así ni lo es de forma ilimitada.
 - b) Los documentos privados hacen prueba plena en el proceso si su autenticidad no es impugnada por la parte a quien perjudiquen. Fuera de estos supuestos, los documentos privados se valoran libremente.

La prueba pericial

- Medio de prueba en virtud del cual una tercera persona, poseedora de unos conocimientos especializados –técnicos, científicos, artísticos o prácticos– de los que carece el juzgador, los aporta al proceso para que el órgano jurisdiccional

- pueda valorar mejor los hechos relevantes para resolver el asunto o adquirir certeza sobre ellos.
- El perito, al elaborar el dictamen, debe ser objetivo e imparcial, lo que se garantiza mediante el derecho de las partes de recusar a los peritos, siempre y cuando no sea el propio perito el que se abstenga. Sin embargo, si el perito es nombrado por las partes, no puede ser recusado, y para garantizar su objetividad, se puede intentar cualquiera de las tachas previstas en el LEC, mediante las cuales, si bien no se evita que se preste el dictamen, sí se puede hacer notar al tribunal que existe una circunstancia que hace dudar de la imparcialidad del perito, para que lo tenga en cuenta en la valoración del mismo.
 - En principio, son las partes quienes llevan los peritos o su informe al proceso, siendo solo alternativamente nombrados por el juez, cuando así se lo soliciten las partes o este lo considere estrictamente necesario.
 - Los dictámenes periciales se valoran libremente por el juez.

La prueba de reconocimiento judicial

- El reconocimiento judicial es la percepción por parte del juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba. Procede cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el juez examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.
- La Ley permite la realización del reconocimiento como prueba que se practique de modo único, pero también que se practique combinada con la práctica de otras pruebas.
- Debe documentarse especialmente, pues de lo reconocido y actuado se levantará un acta por el secretario.
- No existe en la LEC norma alguna que aluda al sistema de valoración de la prueba, y es lógico que así sea.

La prueba testifical

- La prueba testifical es un medio de prueba en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración sobre unos hechos presenciados por ella o que ha sabido de referencia, sobre los que es interrogada.
- Al ser el testigo una persona física que va a declarar sobre un hecho que conoce, la regla general es que podrán ser testigos todas las personas, salvo que se hallen permanentemente privadas de razón y que estén privados del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por los mismos.
- Los testigos también podrán ser tachados.
- El llamado a testificar, sea nacional o extranjero, debe comparecer, jurar, declarar y decir la verdad.
- El juez es libre a la hora de apreciar y valorar los resultados de las declaraciones.

Medios de reproducción del sonido o de la imagen e instrumentos de archivo

- Con la promulgación de la LEC de 2000, se hace por primera vez referencia a dos nuevos medios de prueba: la prueba por medios audiovisuales y la prueba por instrumentos de archivo.
- Medios audiovisuales son: los magnetófonos, casetes, cintas de vídeo, discos, DVD, dictáfonos, CD-ROM, etc., mientras que los instrumentos de archivo son: los programas de ordenador, archivos informáticos, *pen drives*, bases de datos, disquetes, etc.
- Por las particularidades de su propia naturaleza, exigen un régimen especial de garantías, de tal manera que se han establecido una serie de especialidades en la LEC:
 - 1) Se faculta la transcripción de las palabras contenidas en el soporte de que se trate.
 - 2) Se otorga la posibilidad a las partes de aportar junto a la prueba los medios técnicos pertinentes para que el tribunal pueda proceder a su correcto examen.
 - 3) Se proporciona a las partes la posibilidad de que, junto a la práctica de estas pruebas, puedan aportarse dictámenes y otros medios de prueba instrumentales, con la finalidad de verificar o desvirtuar el contenido de estas.
- Se valoran según las reglas de la sana crítica.

Las presunciones como métodos de prueba

- Son un método probatorio, no una actividad probatoria.
- La presunción, entiende Montero, consiste en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado o admitido por las dos partes, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos.
- La presunción está compuesta estructuralmente de una afirmación, hecho base o indicio; de una afirmación o hecho presumido; y de un enlace o nexo lógico entre ambos.
- En unos casos la presunción viene fijada por la ley, mientras que en otros se forma por el juez.
- Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Se invierte, por tanto, la carga de la prueba.

Las diligencias finales

- Las diligencias finales son actos de instrucción debidos a la iniciativa del juez o de las partes, con la finalidad de formar su convicción acerca del material del proceso.

- Pueden llevar a actividad probatoria en los cuatro casos siguientes:
 - 1) Se pueden practicar los medios de prueba que por causas ajenas a la parte que lo hubiese propuesto, no se hubiesen practicado.
 - 2) Las pruebas pertinentes y útiles que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia.
 - 3) Excepcionalmente, el juez podrá acordar que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, cuando de su práctica, a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, no se hubieran deducido resultados probatorios claros.
 - 4) En el supuesto del art. 309.2, con ocasión del interrogatorio del representante de una persona jurídica que da razón de quién ha intervenido en los hechos en su nombre.

- Han de acordarse dentro del plazo (impropio) para dictar sentencia.

Caso docente núm. 13. Las tachas de los testigos (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2004, de 10 de febrero)

En la Villa de Madrid, a diez de febrero de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicado, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Dieciséis, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y uno de Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto por D^{ña}. María Consuelo, representada por el Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona; siendo parte recurrida D. Jose Manuel, representado por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto.

ANTECEDENTES DE HECHO

....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Por D^{ña}. María Consuelo se dedujo demanda contra el médico-oftalmólogo D. José Manuel reclamándole la indemnización de veintidós millones de pesetas, como consecuencia del defectuoso resultado y secuelas derivadas de una operación efectuada por el demandado en noviembre de 1992 para corregir la miopía estable que padecía la actora de siete con cinco dioptrías en el ojo izquierdo y ocho en el derecho. Se imputa al demandado haber elegido y utilizado una técnica –fotoqueratectomía refractiva mediante rayo láser– que comportaba importantes riesgos, que no se informó debidamente de éstos a la paciente por lo que no se obtuvo el consentimiento informado pese a tratarse de una técnica experimental con riesgos

y posibilidades de fracaso, y que la intervención no se realizó correctamente al excederse el operador en la utilización del láser efectuando un excesivo raspado que se tradujo en las secuelas de la actora. En el escrito de contestación se afirma que la técnica es útil y eficaz, que la intervención fue realizada correctamente y que la paciente fue debidamente informada. En cuanto al estado de la Sra. María Consuelo afirma que en la actualidad tiene tres dioptrías en el ojo derecho y cuatro en el izquierdo y además no padece miopía progresiva, ni tampoco leucoma corneal, siendo aquel resultado reoperable por lo que no puede estimarse que la actual situación de la paciente sea definitiva. Y, finalmente, alega que dicho resultado no fue a consecuencia de la operación sino al rechazo de la actora a seguir el tratamiento farmacológico postoperatorio; en concreto, indica que se produjo una regresión del efecto beneficioso de la intervención motivado por la no administración de la medicación prescrita.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 41 de Barcelona de 16 de abril de 1996, recaída en los autos de juicio de menor cuantía 949 de 1994, desestimó la demanda, y fue confirmada en apelación por la Sentencia de la Sección Décimosexta de la Audiencia Provincial de 5 de enero de 1998 – Rollo 978/1996 (AC 1998, 4).

Contra esta última resolución se interpuso por Dña. María Consuelo recurso de casación articulado en seis motivos en cuyos enunciados alega, al amparo del núm. 4º del art. 1692 LECIV (LEG 1881, 1), infracción del art. 1256 CC (LEG 1889, 27) en relación con las Sentencias de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1333) y 26 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9603) (primero); del art. 1.098.2, en relación con el art. 1101, ambos del CC, por inaplicación (segundo); también por inaplicación, de los números 5 y 6 del art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), en relación con el art. 28.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906), y jurisprudencia aplicable a dichos preceptos (tercero); del art. 1253 CC (cuarto); del artículo 1243 en relación al 1247.1 y 1248 del propio texto y art. 659 de la LECIV, y doctrina jurisprudencial aplicable al precepto indicado (quinto), y del art. 1214 CC (sexto).

SEGUNDO

El asunto litigioso plantea tres cuestiones: si la intervención médica fue correcta, si la paciente siguió el tratamiento prescrito, y si la Sra. María Consuelo prestó el consentimiento informado. Respecto de la primera cuestión se afirma en la Sentencia recurrida, con base en las pruebas obrantes en las actuaciones y singularmente las periciales médicas, que, la intervención practicada a la actora, consistente en fotoqueratectomía refractiva con láser de excimer, así como el tratamiento postoperatorio señalado, fueron técnicamente correctos.

Para impugnar esta apreciación se formularon los motivos primero y segundo del recurso, en los que se denuncia la infracción de preceptos sustantivos (arts. 1256, 1098.2 y 1101 CC [LEG 1889, 27]), y ninguno de carácter probatorio, por lo que deviene incólume y vinculante para este Tribunal la apreciación fáctica de la instancia. Como respuesta concreta a los motivos procede indicar que carecen de consistencia para desvirtuar la conclusión de la resolución impugnada. La inconsistencia del primer motivo, en el que se acusa infracción del art. 1256 CC, resulta no solo de su carácter genérico, y, sobre todo de la falta de un soporte fáctico coherente con su contenido, pues no hay relación entre este y el planteamiento efectuado en el cuerpo del motivo, sino, especialmente, porque en absoluto cabe entender que se ha dejado por el juzgador de instancia el cumplimiento del contrato sanitario al arbitrio del médico demandado, sin que sea cuestionable con base en el precepto del art. 1256 CC si por el médico se cumplió o no, adecuadamente, la prestación a que venía obligado. A lo que debe añadirse que la sentencia recurrida explícitamente declara que «no hay prueba alguna en autos que induzca a pensar que por el Dr. José Manuel se garantizara el resultado», por lo que resulta inane, en casación, la mera afirmación en sentido distinto efectuada por la parte recurrente, resultando [aquí] estéril la polémica acerca de si la operación de autos corresponde a medicina satisfactiva o a curativa, o a una obligación de medios o de resultado, porque habida cuenta la atribución causal que se efectúa [en la Sentencia recurrida] del resultado deficiente producido, cualquiera que fuere la

postura adoptada no cabría hacer recaer sobre el médico consecuencias ajenas a su actuación. En el segundo motivo se hace supuesto de la cuestión, lo que está vedado en casación, pues no se ha desvirtuado la base fáctica de las conclusiones de la Sala de instancia en las que se niega la existencia de incumplimiento o prestación defectuosa, resultado garantizado e incorrección de la intervención realizada. Y la afirmación del recurso de que esta incorrección se prueba por el propio resultado de la misma no es aceptable porque la resolución recurrida explica amplia y razonablemente las circunstancias determinantes de dicho resultado.

TERCERO

La segunda cuestión que presenta el litigio se centra en si la paciente siguió el tratamiento prescrito. Respecto a este punto es igualmente diáfana la resolución recurrida. El resultado defectuoso producido consistente en una clara regresión del efecto corrector conseguido inicialmente, por lo demás sin carácter irreversible porque puede ser tratada satisfactoriamente mediante una nueva aplicación del láser de Excimer, que, asimismo, podría corregir el defecto de refracción de la visión, se debió a una deficiente cicatrización corneal derivada según dictamen médico de «una complicación siempre posible y clínicamente inevitable no correlacionable con defecto de praxis quirúrgica, sino con las características inherentes del método quirúrgico y la idiosincrasia del ojo tratado», y, además, en una parte considerable, de la falta de seguimiento de la paciente del tratamiento postoperatorio que le fue correctamente indicado.

Para combatir esta última apreciación se formula el motivo quinto en el que se acusa la infracción del art. 1243 en relación con los arts. 1247.1 y 1248, todos ellos del Código Civil (LEG 1889, 27) , y el art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) , y doctrina jurisprudencial aplicable al precepto indicado. En el cuerpo del motivo se razona que para llegar a la conclusión [sentada en la Sentencia objeto de recurso] de que la actora Sra. María Consuelo no siguió el tratamiento médico prescrito, el juzgador se apoya en las declaraciones de testigos aportados por la parte demandada, todos ellos miembros del equipo del Dr. Jose Manuel y, que por tal circunstancia, tienen interés directo en el pleito.

El motivo se desestima porque, con independencia de no haberse planteado adecuadamente la hipotética causa de inhabilidad para ser testigo, tanto en las dos instancias como en la casación, habida cuenta que tal eventualidad afecta a la admisibilidad de la prueba (ss. 23 noviembre 1990 [RJ 1990, 9043] y 2 abril 2001 SIC), por lo que no se trata estrictamente de un problema de valoración probatoria sino de quebrantamiento de forma (S. 28 mayo 1992 [RJ 1992, 4389]), en cualquier caso, tecnicismo procesal aparte, aunque –en el régimen jurídico entonces aplicable– es preciso distinguir entre las causas de inhabilidad –como el interés «directo» en el «propio» pleito, que es a la que se refiere el art. 1247.1º CC– y las tachas –como el interés directo en otro pleito, o el indirecto en el propio o en otro, que es el supuesto a que queda circunscrito el art. 660.3ª LECIV/1881–, de tal modo que la tacha, a diferencia de la inhabilidad, no impide la valoración del testimonio, funcionando únicamente como una advertencia de sospecha de parcialidad (SS., entre otras, 20-7-95 [RJ 1995, 6194]; 19 [RJ 1998, 9561] y 21-12-98 [RJ 1998, 9562] ; 11-10-2000 [RJ 2000, 9193] ; 19-12-2003), en el caso, sucede que no concurre la causa de «interés directo en el propio pleito» pues no la integra la condición de empleados del demandado, ni la circunstancia de que estén o puedan estar interesados por tal calidad en la repercusión del resultado del pleito en la economía de la empresa, y así resulta del criterio seguido por la doctrina de esta Sala, tanto con carácter general, pues se entiende por «interés directo» resultar afectado en su persona, bienes o intereses por el fallo o los efectos de la cosa juzgada ss. 30 noviembre 1991 [RJ 1991, 8582] y 15 noviembre 2001 [RJ 2002, 349]), como con carácter concreto (S. 14 junio 1957). Por otra parte, es reiterada la doctrina de la Sala de que la valoración de la prueba testifical, incluso si concurren tachas en los testigos, corresponde a la función soberana del juzgador de instancia (SS., entre otras, de 2 de abril SIC y 15 de noviembre 2001 [RJ 2002, 349] y 19 de diciembre de 2003); conclusión que también es aplicable, en lo que le atañe, a la tercera cuestión que se examina seguidamente.

CUARTO

La tercera vertiente del asunto hace referencia a la información –consentimiento informado–. La Sentencia recurrida entiende que hay datos suficientes para presumir al menos que la Sra. María Consuelo se hallaba perfectamente informada acerca de los riesgos del tratamiento al que, sin duda, voluntaria y conscientemente se sometió. Argumenta esta convicción en que, «aun prescindiendo de que consta en la historia clínica aportada a los autos, en anotación practicada en fecha 14-10-92 (folio 117 vuelto), que se informó a la aquí demandante de los riesgos de la intervención quirúrgica, prestando su consentimiento», «fundamentalmente [porque] no se trata de una persona profana en medicina, sino de una enfermera en activo, ya que desarrollaba su trabajo como tal en el Hospital de Manresa, y, precisamente, del Servicio de Oftalmología de dicho Centro, tras ser convenientemente examinada (historia clínica unida al folio 19), se le remitió al aquí demandado como especialista en el tipo de intervenciones de que se trata»; añadiéndose al anterior discurso otras reflexiones para corroborar la apreciación efectuada.

La Sentencia de instancia no desconoce la necesidad de una información y de que sea explícita, veraz, clara y concluyente, sino que establece que la misma tuvo lugar, por lo que no inaplicó la normativa de los números 5 y 6 del art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), en relación con el art. 28.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) y jurisprudencia aplicable a dichos preceptos.

No obstan a esta apreciación las alegaciones efectuadas por la parte recurrente, pues, con independencia de que no cabe considerar la operación de corrección de miopía como meramente satisfactoria, dada su evidente incidencia curativa, y menos todavía cuando tiene la entidad de la de autos, y aparte, también, que la adecuación, y consiguiente suficiencia o insuficiencia, de la información y formalización del consentimiento debe ponerse en relación con el padecimiento, la operación médica, grado de riesgos y condiciones personales del paciente, la doctrina de esta Sala ha admitido la práctica en forma verbal –lo que habrá de ponerse en relación con las circunstancias del caso– aunque, dice la Sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916), «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige [actualmente] la Ley de 14 de noviembre de 2002 (RCL 2002, 2650); lo que en el caso no aparece contradicho. También se aduce para combatir la resolución recurrida, en el motivo cuarto, la vulneración, por aplicación indebida, del art. 1215 en relación con el art. 1253, del Código Civil (LEG 1889, 27) y jurisprudencia aplicable a este precepto. Se alega que entre el hecho cierto de que la demandante era de profesión enfermera y el hecho deducido en la Sentencia de que por razón de su profesión la demandante era suficientemente conocedora de la técnica a emplear, de sus riesgos e inconvenientes y que prestó el consentimiento para la intervención realizada, no existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para su apreciación (STS 25 noviembre 1996 [RJ 1996, 8074], Sala 3ª).

El motivo se desestima porque, con independencia de que no se cita ninguna jurisprudencia sino solamente una sentencia y que no corresponde al orden jurisdiccional civil, y de que en el cuerpo del motivo se vierten reflexiones sobre la supuesta manipulación de la nota manuscrita obrante en la historia clínica y la garantía del resultado de la intervención desprovistas ambas de soporte fáctico para su consideración casacional, en tanto que, además, ajenas al planteamiento concreto del motivo, que debe circunscribirse a la apreciación probatoria de presunciones, ocurre, por una parte, que el motivo omite que el razonamiento impugnado no se limita únicamente a que la demandante fuera enfermera, sino que, además, toma en cuenta otras circunstancias fácticas relevantes para configurar el supuesto básico del que infiere la conclusión, como el hecho de haber sido examinada en el Servicio de Oftalmología del propio Centro Médico en el que trabajaba que le remitió al demandado como especialista con un informe en el que explícitamente se hace constar que «la paciente desea que se le practique intervención quirúrgica de su miopía», y, por otra parte, [también debe tenerse en cuenta] que el art. 1253 CC (LEG 1889, 27) sólo se conculca a efectos casacionales cuando la inferencia sentada no es conforme a la

lógica, por lo que no cabe someter a la verificación de este Tribunal el mayor o menor grado de logicidad, sino exclusivamente si es contraria a las reglas del buen sentido del raciocinio humano; y en el caso no se da esta contradicción, siendo razonables las diversas apreciaciones que con base en los hechos declarados probados se sientan en la resolución recurrida.

QUINTO

En el motivo sexto se acusa como infringido el art. 1214 del Código Civil (LEG 1889, 27). El motivo se desestima porque no se produce su infracción cuando los hechos se declaran probados, y en el particular específico en que se apreció falta de prueba –compromiso específico de garantía del resultado positivo de la operación– no hay alteración de las reglas del «onus probandi» porque la carga le incumbía a la actora como hecho constitutivo o que forma parte del supuesto de hecho de la norma que en su favor invoca.

SEXTO

La desestimación de todos los motivos conlleva la declaración de no haber lugar al recurso y la condena en las costas causadas en el recurso para su caso, pues la recurrente litiga con el reconocimiento de asistencia jurídica gratuita.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Dn. Santos de Gandarillas Carmona en representación procesal de Dña. María Consuelo contra la Sentencia dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 5 de enero de 1998, en el Rollo 978/96 (AC 1998, 4) , en la que se confirma, desestimando el recurso de apelación, la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 41 de los de Barcelona en los autos de juicio de menor cuantía 949/94, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas, para su caso pues la misma litigó con justicia gratuita. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

...

Cuestiones

1. ¿Qué son las tachas de los testigos?
2. ¿Qué tachas contempla nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil?
3. Distinguir entre causas de inhabilidad y tachas.
4. ¿Puede el juez entrar a valorar la declaración de un testigo en el que concurre una tacha?

Lección 14.^a Finalización

La sentencia

- El juicio termina normalmente con una sentencia. La sentencia es el acto procesal del órgano jurisdiccional en donde se decide sobre la estimación o desestimación de la pretensión ejercitada por el demandante, con base en su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico.
- Las sentencias condenatorias que se refieren a obligaciones dinerarias han de ser líquidas, lo que no impide la posibilidad de condenas de futuro.
- Cuando el juez adopta una decisión relativa al fondo del asunto en un proceso debe seguir un *iter* en su razonamiento, que es lo que se denomina formación interna de la sentencia.
- La sentencia debe motivarse, lo que exige expresar en la misma los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la interpretación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación del Derecho.
- Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes. Debemos distinguir entre exhaustividad y congruencia. La exhaustividad se refiere a la falta de pronunciamiento sobre alguno de los puntos que han sido objeto de debate en el proceso, mientras que la congruencia se aprecia cuando se compara, por un lado, la actividad de las partes (es decir, la pretensión del actor, las excepciones materiales opuestas por el demandado y los actos de disposición del proceso y del objeto del proceso) y, por otro, la actividad del juez desplegada en la sentencia.

Terminación anormal del proceso

- El proceso, además de por sentencia contradictoria, también puede terminar de modo anormal, lo que puede responder bien a actos de disposición de las partes, bien a determinadas causas expresamente contempladas en la ley.
- Son dos los tipos de motivos que pueden provocar dicha terminación anormal:
 - a) Motivos procesales: el desistimiento, el sobreseimiento y la caducidad (y algún otro de menor trascendencia).
En estos supuestos, el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre el fondo del asunto, quedando el mismo imprejuizado, por lo que podrá iniciarse un ulterior proceso sobre la misma pretensión.
 - b) Motivos materiales: la renuncia, el allanamiento, la transacción, la satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto y la enervación del desahucio.
- Cuestión distinta es la paralización del proceso que ocurre cuando se detiene total o parcialmente el mismo, lo que puede suceder respecto de todo el proceso o respecto de actos procesales determinados.

***Caso docente núm. 14. Alcance de la motivación
y de la congruencia de las sentencias (Sentencia del Tribunal
Constitucional núm. 77/2000, de 27 de marzo)***

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3791/1995, interpuesto por V. y R., Auditores, Censores Jurados de Cuentas Asociados, Sociedad Regular Colectiva, representada por el procurador de los Tribunales don Jacinto G. S. y con la dirección del Letrado don Emili A. F., contra la Sentencia, de 3 de octubre de 1995 (RJCA 1995\756), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Ha comparecido el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y ha sido ponente el magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

....

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. En la demanda de amparo se nos dice que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (RJCA 1995\756) impugnada ha menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa recurrente, dejándola indefensa por no haber dado respuesta a todas y cada una de las cuestiones suscitadas en el recurso contencioso-administrativo correspondiente. En los términos en que aparece descrita la cuestión suscitada se desprende que la controversia constitucional se ciñe así a determinar si la no toma en consideración por el Tribunal Contencioso-Administrativo de una resolución administrativa que había sido aportada por la demandante a los autos, y admitida por el órgano jurisdiccional, en cuanto soporte argumental de la decisión judicial ahora impugnada aquí, ha incurrido en incongruencia omisiva y, por tanto, ha podido conculcar la tutela judicial efectiva de la entidad recurrente.

Por medio de la citada resolución administrativa había sido estimado un recurso de alzada interpuesto por la propia recurrente contra un acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social a cargo de la empresa demandante, la cual se queja ahora de que ha quedado huérfana de respuesta judicial al pretendido argumento esgrimido de que la estimación de dicho recurso de alzada como prueba para desvirtuar la realidad de los hechos y, en consecuencia, de la sanción que le había sido impuesta.

2. Pues bien, centrado el debate en torno a la eventual concurrencia de la denunciada incongruencia omisiva en la Sentencia impugnada, es de pertinente recordatorio que las decisiones judiciales, en todos los grados jurisdiccionales y cualesquiera que sean su contenido, sustantivo o procesal, y su sentido, favorable o desfavorable, han de exteriorizar el proceso mental que ha llevado a la parte dispositiva. La motivación de las Sentencias, como exigencia constitucional (art. 120.3 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]) que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho de una efectiva tutela judicial, ofrece, por tanto, una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder, y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan (uno de ellos, el de amparo). Actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad. Sin embargo, para no forzar los conceptos manipulando las palabras, parece necesario distinguir entre la existencia del razonamiento en que consiste la motivación y su discurso. Cuando la haya formal y materialmente, no sólo bastante sino clara e inequívoca, con argumentos extraídos del acervo

jurídico, la realidad de su existencia no podrá ser negada o desconocida en función de que se compartan, o no, la argumentación o las conclusiones a las cuales se llegue.

La motivación no consiste ni puede consistir, por tanto, en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que ésta -en su caso- ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la «ratio decidendi» de las resoluciones. Se convierte así en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad.

Una vez dicho esto, conviene también dejar constancia de que este Tribunal, en lo que respecta a la falta de respuesta judicial, esto es, a la vertiente omisiva de tal incongruencia, y su incidencia sobre el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, ha venido manteniendo una doctrina consolidada. En este sentido hemos dicho que las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, «sino que hay que examinar las circunstancias que concurren en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como una desestimación tácita» (STC 128/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\128], y en la misma línea, SSTC 175/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990\175], 198/1990, de 10 de diciembre [RTC 1990\198], 88/1992, de 8 de junio [RTC 1992\88], 163/1992, de 26 de octubre [RTC 1992\163], 226/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992\226], 169/1994, de 6 de junio [RTC 1994\169], 91/1995, de 19 de junio [RTC 1995\91], 58/1996, de 4 de abril [RTC 1996\58], 26/1997, de 11 de febrero [RTC 1997\26] y 16/1998, de 26 de enero [RTC 1998\16]); doctrina que es también la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (decisiones en los asuntos Ruiz Torija c. España [TEDH 1994\4] e Hiro Balani c. España [TEDH 1994\5], ambas de 9 de diciembre de 1994). Y, a estos efectos, hay que distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, pues como han señalado, entre otras muchas, las SSTC 58/1996 y 26/1997, **«respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario, para poder apreciar una respuesta tácita –y no una mera omisión– que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita»**.

No hay duda de que el derecho a la tutela judicial obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteados, y que el incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas dichas pretensiones, constituye lesión de aquel derecho fundamental (SSTC 14/1984, de 3 de febrero [RTC 1984\14], 177/1985, de 18 de diciembre [RTC 1985\177], 69/1992, de 11 de mayo [RTC 1992\69], 88/1992, 4/1994, de 17 de enero [RTC 1994\4], por todas); pero, asimismo, que no existe incongruencia constitucional relevante si el órgano judicial resuelve genéricamente las pretensiones de las partes, aunque no se haya pronunciado sobre todas las alegaciones concretas, no haya dado una respuesta pormenorizada, siempre que resuelva las pretensiones formuladas (SSTC 14/1985, de 1 de febrero [RTC 1985\14], 29/1987, de 6 de marzo [RTC 1987\29], y 169/1994, de 6 de junio).

Por tanto, sobre estas premisas, para poder determinar si en este caso existe la incongruencia denunciada, conviene examinar, por una parte, cuáles son las pretensiones que la recurrente adujo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo y en qué alegaciones las fundamenta, y,

por otra, si la Sentencia impugnada ofrece una respuesta a las mismas capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Ahora bien, para poder precisar cuáles fueron las pretensiones que la recurrente formuló ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hay que concretar, en primer lugar, cuáles fueron los actos contra los que se interpuso este recurso, ya que las pretensiones deben formularse respecto de los actos que constituyen el objeto de ese proceso, y no respecto de cualquier otro que no haya sido impugnado. El examen de las actuaciones pone de manifiesto que el escrito de interposición del recurso está dirigido, según su tenor literal, contra «el Acuerdo de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social..., denegatorio del Recurso de Alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección Provincial de Tarragona del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 16 de junio de 1992 dictada en expediente E-32/92 B/Acta 2115/1991, sobre infracción laboral de las normas que regulan los contratos en prácticas y para la formación».

Veamos ahora lo que la recurrente solicita al Tribunal Contencioso-Administrativo, y para ello nada mejor que acudir al «suplico» de su demanda, que es donde se concretan sus pretensiones. Y en él se pide al Tribunal que declare «no conforme a derecho, y por tanto nulo el Acuerdo de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a que se refiere el recurso interpuesto, dejando, pues, sin efecto la sanción a que aquel Acuerdo se refiere». La recurrente fundamenta estas pretensiones en la consideración de que la sanción impuesta a la empresa se produjo tras una única visita de inspección en la que el funcionario actuante levantó acta de infracción conteniendo juicios de valor, que no pueden encontrar cobijo en la presunción de veracidad, en relación a las actividades de los empleados de la empresa señores B., C. y F., los cuales desarrollaban su trabajo y habían efectuado sus prácticas de conformidad con su nivel de estudios y sin que, por tanto, la empresa hubiera suscrito contratos de trabajo en prácticas que no permiten el empleo de licenciados para realizar trabajos administrativos.

Una vez expuesto qué es lo que la recurrente impugna, el «petitum» y los motivos en los que fundamenta su impugnación, estamos en condiciones de examinar si esta resolución judicial vulnera o no el art. 24.1 CE. De los seis fundamentos jurídicos de la Sentencia, el primero precisa el objeto del recurso, y en los fundamentos 2º a 6º se abordan las cuestiones que planteó la recurrente, si bien en el fundamento 4º se hace referencia a unos hechos totalmente distintos, ya que no coinciden las personas implicadas ni lo pedido en el recurso; alteración que, como bien señala el Fiscal, podría haber infringido el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero dicho improcedente fundamento, sin duda introducido de manera no deliberada y quizá debido a la celeridad misma del procedimiento, no perjudicó a la congruencia de la Sentencia como elemento interno de la decisión judicial, pues fue subsanado a partir de la misma petición de aclaración de la Sentencia que hizo la recurrente y por el Auto que lo suprimió del contenido de la Sentencia.

Mayores problemas plantea, sin embargo, entender que el órgano judicial ha respondido a la recurrente cuando ésta consideró, y así se puede leer en la demanda (antecedente segundo, párrafo penúltimo), que la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social que resolvió el recurso de alzada interpuesto contra el acta de liquidación de cuotas, designada núm. 344/1993, había anulado también el acta de la infracción administrativa. Sobre esta resolución, ciertamente, la Sentencia omite toda referencia expresa, aun cuando no por ello haya que concluir que tal silencio determina una lesión del art. 24.1 CE. Dados los términos en los que la recurrente la ha concretado, esta cuestión no puede considerarse como parte o elemento de la pretensión y de su «causa petendi» tal y como aparecen configuradas en la demanda que es el presupuesto de la congruencia, en cuya sedicente vulneración estriba la única queja objeto de este recurso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil.-Carles Viver Pi-Sunyer.-Rafael de Mendizábal Allende.-Julio Diego González Campos.-Vicente Conde Martín de Hijas.-Guillermo Jiménez Sánchez.-Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR

que formula el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3791/1995

Con el mayor respeto a los Magistrados que apoyan la tesis mayoritaria reflejada en la Sentencia, y haciendo uso de la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC (RCL 1979\2383 y ApNDL 13575), considero conveniente manifestar mi disenso del acuerdo de la mayoría, formulando Voto particular.

La Sentencia de la que disiento incurre, a mi juicio, en un exceso de formalismo, con el que se elude una consideración más sustancial de lo realmente acaecido en el proceso «a quo» y más acorde a las exigencias del derecho de tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]).

La pretensión ejercitada en dicho proceso era una pretensión impugnatoria de la resolución administrativa que sancionó a la sociedad recurrente como autora de una infracción laboral, por haber contratado a tres trabajadores mediante contratos en prácticas, en los que, a juicio de la Administración laboral sancionadora, los trabajos objeto del contrato, de auxiliares administrativos y administrativos, no se acomodaban a la titulación universitaria de los trabajadores contratados.

La «causa petendi» de dicha pretensión impugnatoria consistía en la afirmación por parte de la empresa de que los trabajos asignados a los trabajadores correspondían a sus titulaciones, considerando desvirtuada la presunción de certeza del acta de la Inspección de Trabajo por la documental aportada.

Tal «causa petendi» es uno de los referentes del requisito de la congruencia, y el silencio de la Sentencia, que la demandante considera lesivo de su derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, tiene relación precisamente con esa «causa petendi».

Aunque ese silencio se refiere a un medio de prueba, con lo que «prima facie» pudiera entenderse que se rebaja o se elimina, la entidad de dicho silencio desde la perspectiva formal de la congruencia, debe significarse, no obstante, que ese medio de prueba, aportado en el recurso contencioso-administrativo en momento procesal oportuno (según lo dispuesto en el art. 69.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 [RCL 1956\1890 y NDL 18435], en relación con el art. 506 LECiv), tiene en este caso una relevancia especial, pues, en tesis de la parte, dicha prueba acreditaría que la propia Administración, que a efectos de la infracción sostuvo la inadecuación de los contratos, había aceptado en un posterior recurso contra una liquidación de cuotas de la Seguridad Social, basada en el precedente

acta de infracción, la desvirtuación de los hechos base de la misma; lo que podemos entender por nuestra parte que comporta en realidad una cuestión con propia enjundia constitucional de por sí desde la perspectiva del art. 24.1 CE, en el sentido de que unos mismos hechos no pueden ser y no ser al mismo tiempo para los distintos órganos de la Administración. Ese especial matiz permite considerar que la prueba postrera de la parte implica una alegación inmediatamente conectada con la «causa petendi», incluíble en el elenco de elementos a los que se refiere la congruencia exigible en el recurso contencioso-administrativo, según el art. 43 LJCA/1956, que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, de innecesaria cita individualizada, es más amplio en cuanto al temario de la congruencia que el art. 369 LECIV.

El que tengamos en cuenta esa consideración, aunque la parte formalmente no la plantee, pero aporte los elementos fácticos suficientes para que podamos llegar a ella con aplicación por nuestra parte del principio «iura novit curia», es lo que sitúa en este caso la vía de su solución en un plano sustancialista preterido en la Sentencia, que, más descomprometidamente, se complace limitándose con un planteamiento más formalista.

La Sentencia considera que la cuestión planteada por la demandante acerca de silencio referido, «no puede considerarse como parte o elemento de la pretensión y de su causa petendi tal y como aparecen configuradas en la demanda que es el presupuesto de la congruencia».

Es en este punto donde considero en exceso formalista el criterio de la Sentencia, por lo que se acaba de adelantar.

Si se parte, como pienso que es lo correcto, de que la «causa petendi» de la pretensión del recurso contencioso-administrativo era la adecuación entre los contratos de los trabajadores concernidos, la titulación de éstos y los trabajos desarrollados, y que es precisamente en torno a ese hecho donde se centra el núcleo problemático de dicho proceso, parece claro que sobre tal particular, y por imperio del requisito de la congruencia, tal y como la define el art. 43 LJCA, era inexcusable una respuesta mínimamente discernible, incluso aunque no fuese explícita. Y en esa respuesta no parece que pudiera ser eludida la consideración de un elemento de prueba y la cuestión a él aneja, tan significativo como era el aportado en el momento final del proceso, que el Tribunal «a quo» admitió, incorporándolo al mismo y dando traslado de él a la parte contraria, para que pudiera alegar lo procedente. No se trata de una cuestión distinta de la planteada en la demanda del proceso contencioso-administrativo, sino de la acreditación de la realidad de la «causa petendi» argüida en aquélla, con la consistencia añadida, según se preciso antes, de ser en sí una cuestión de propia entidad.

No cabe así disociar tal cuestión de la «causa petendi», pues su función procesal era la de ser la prueba fundamental de ésta.

A partir de tal planteamiento sustancialista el examen de la Sentencia (RJCA 1995\756) no permite concluir que en ella exista un enjuiciamiento concreto, ni siquiera sucinto sobre la existencia o inexistencia de dicha «causa petendi», siendo el silencio sobre la que se argüía como su prueba esencial el exponente de esa carencia. No es que este último concreto silencio deba ser el referente formal de la alegada incongruencia, aunque el planteamiento de la demandante lo presente así, sino que, trascendiendo ese planteamiento desde la perspectiva más sustancialista que ha quedado indicada (y sin riesgo de incongruencia positiva, pues se trata simplemente de dar a los hechos alegados por la parte la funcionalidad de que son susceptibles, en orden al propio fin por ella pretendido), a la hora de examinar si ha existido la respuesta exigible respecto de la «causa petendi», un elemento esencial de análisis es precisamente el alusivo a dicha prueba, por la función clave que le atribuía la parte.

Si era o no momento procesal oportuno para el planteamiento de la cuestión que por ese medio de prueba se suscitaba en el recurso contencioso-administrativo, es cuestión de legalidad ordinaria en la que no nos corresponde entrar; mas desde la perspectiva constitucional en que

hemos de situarnos el dato a atender es que el Tribunal «a quo» admitió la introducción de dicha cuestión.

La Sentencia recurrida, cuya corrección constitucional se acepta en la nuestra, en sus tres primeros fundamentos se refiere, respectivamente, al acta de la Inspección de Trabajo y a la resolución sancionadora (primero), al planteamiento de la actora sobre la ineficacia probatoria del acta de la Inspección (segundo), y a la aceptación genérica (tercero) de que los juicios de valor no se benefician de la presunción de certeza atribuida legalmente a las actas de la Inspección de Trabajo. Era el fundamento de derecho cuarto el que decía que «ciñéndonos al acta en que se fundan las resoluciones impugnadas, es claro que los hechos que en anexo a la misma refleja el Controlador Laboral actuante (...) se hallan amparados por aquella presunción legal. Presunción que la parte no desvirtúa...».

En dicho fundamento, aunque de modo muy sucinto, se expresaba el juicio sobre la prueba de la concurrencia de la «causa petendi». Ocurre, no obstante, que ese fundamento se refería a unas personas (trabajadora y empresario) distintas de las partes del proceso, lo que reconoció la Sala «a quo» en el posterior Auto de aclaración, que proclamó la existencia del error material y excluyó del texto definitivo de la Sentencia dicho fundamento, por entender que su exclusión no tenía «trascendencia alguna en el resto de la fundamentación jurídica de la citada sentencia (como no sea el cambio de ordinal de los fundamentos jurídicos siguientes), ni, menos aún, en el Fallo de la misma».

Tanto el juicio benévolo de ese Auto de aclaración de la Sala «a quo» sobre su propia Sentencia, como el de la nuestra sobre aquélla no me resultan compartibles. Creo, por el contrario, que, excluido ese fundamento, la Sentencia guarda silencio sobre la eficacia probatoria del acta de la Inspección, sobre la que se asienta la resolución sancionatoria recurrida en el recurso, del que este de amparo trae causa, y sobre cualquier otro elemento de prueba, cuando precisamente el fundamento de la pretensión se asentaba, según se ha dicho antes con reiteración, en la adecuación de los trabajos realizados a los contratos en virtud de los que se prestaban. Unido a ese silencio acerca del acta de la Inspección de Trabajo, el alusivo a la prueba postrera, adquiere este una significación que no creo que pueda minimizarse.

El fundamento de derecho quinto de la Sentencia recurrida se refería simplemente a la definición legal del contrato de trabajo en prácticas, y, finalmente, el sexto se limita prácticamente a reproducir en forma asertiva lo que es el contenido de la resolución sancionadora impugnada, sin ningún elemento de individualización referente a las alegaciones de la recurrente, y sobre todo, a la prueba a la que se acaba de hacer referencia y a la cuestión que en ella se suscitaba. En esas circunstancias, y dado el obligado casuismo del juicio constitucional sobre la incongruencia omisiva al que alude nuestra Sentencia, no cabe entender que en ese último fundamento de la impugnada se contenga una respuesta congruente con el planteamiento de la parte, existiendo por ello base, en mi personal criterio, para que evitando cualquier exceso formalista debiéramos haber otorgado el amparo. Mas, si alguna duda pudiera suscitarse desde el concreto prisma formal de la incongruencia omisiva, en todo caso hubiera podido fundarse la estimación del recurso en la falta de una motivación razonable de la Sentencia recurrida, pues es indudable que en ese capítulo más amplio de la motivación, si lo suscitado es que dos resoluciones de la Administración sobre unos mismos hechos son contradictorias, siendo la segunda evidencia del error de la primera, el juicio sobre la adecuación a Derecho de ésta no puede eludir razonablemente una explicación sobre esa alegada contradicción.

En este sentido evacuo mi Voto particular.

Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil.-Vicente Conde Martín de Hijas.-Firmado y rubricado.

Cuestiones

1. ¿En qué consiste la motivación de las sentencias? ¿Cuál es su función?
2. ¿Qué es la incongruencia omisiva?
3. ¿El incumplimiento total del requisito de la congruencia de las sentencias, constituye lesión del derecho a la tutela judicial efectiva?

Lección 15.ª El juicio verbal

- El juicio verbal se inicia mediante demanda. Dependiendo de la cuantía, esta puede ser una demanda sucinta o una demanda en impreso formalizado (juicios verbales en los que se reclama una cantidad inferior a 2000 euros). Además, existen reglas específicas para algunas demandas, como por ejemplo ocurre con la demanda de desahucio de una finca urbana de arrendamiento.
- En la demanda podrán acumularse diversas pretensiones, distinguiéndose una acumulación exclusivamente objetiva de una acumulación objetiva-subjetiva.
- Una vez la demanda es admitida por el secretario judicial, se citará a las partes para la celebración de la vista, debiéndose cumplir los requisitos especiales contemplados en la ley.
- Entre la citación a las partes y la vista puede tener lugar una serie de actuaciones, unas de ellas generales a todo tipo de juicios verbales (preparación de la prueba, comparecencia de abogado y procurador, reconvencción y compensación), y otras específicas de juicios verbales especiales por razón de la materia (adquisición de la posesión, ejecución exclusiva con bien mueble adquirido a plazos, etc.).
- Con excepción de la demanda simple y de la sentencia, que son escritas, el juicio verbal se caracteriza porque todas las actuaciones se concentran en un acto oral único que es la vista.
- Las partes deben asistir el día y la hora señalados para la vista; la inasistencia a la misma produce efectos muy distintos según quién sea la parte, pudiendo continuar el proceso en el supuesto de que quien no comparezca sea el demandado, mientras que si no comparece el demandante se le tendrá por desistido.
- Si comparecen ambas partes, la vista tiene el desarrollo propio de un acto oral, en el que el juez concederá la palabra a todas las partes cuantas veces estime conveniente. El demandante expondrá oralmente la fundamentación de su pretensión y el demandado contestará del mismo modo a la demanda, oponiendo las excepciones procesales y materiales que estime oportunas. En aquellos casos en los que no existe conformidad sobre los hechos, en la vista se proponen y practican los medios de prueba admitidos. Tras ello, el juez dará por terminada la vista, procediendo a dictar la sentencia en los diez días siguientes.
- El juicio verbal, como proceso especial y sumario que es, supone la existencia de una serie de reglas especiales relativas a la limitación de las alegaciones que puede hacer el demandado.

Caso docente núm. 15. Inasistencia de la parte demandante al acto de la Vista (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 707/2005, de 8 de febrero)

En la ciudad de Cartagena, a Ocho de Febrero de dos Mil Cinco.

La Sección de Cartagena de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los Ilmos. Sres. Expresados al margen, ha visto los autos de J. Verbal n. seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante Carla , habiendo intervenido en la alzada dichas partes, en su condición de recurrentes, representados por el Procurador D. Fernando Espinosa Gahete y dirigidos por el Letrado D. Serafín Sanchez Rodríguez y como apelada D^a Yolanda , representado por el Procurador D. Vicente Lozano Segado con la dirección del Letrado D. Pedro Copete Canovas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cartagena, en los referidos autos, tramitados con el núm. 175/03, se dictó sentencia con fecha 12-01-04, cuya parte dispositiva dice entre otras lo siguiente: « Que, en relación con este juicio ver al instado por DOÑA Carla , representada por el Procurador Sr. Espinosa Gahete y definida por el Letrado Sr. Sánchez Rodríguez, contra DOÑA Yolanda , representada por el procurador de los tribunales Sr. Lozano Segado y defendido por el Sr. Letrado Copete Canovas, y debiendo desestimar como desestimo íntegramente la petición realizada por la parte demandante de suspensión o correlativa renuncia y que debiendo estimar como estimo íntegramente la solicitud hecha finalmente por la demandada en el acto del juicio, debo declarar y declaro que se tiene por desistida a la demandante, con imposición a la misma de las costas de esta causa y de los daños y perjuicios que la contraparte pueda solicitar y acreditar en ejecución de esta sentencia».

SEGUNDO

Contra dicha sentencia, se interpuesto recurso de apelación por la parte demandante en tiempo y forma que fue tramitado conforme a lo dispuesto en el art. 457 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y remita a este Tribunal, donde se formó el correspondiente Rollo de Apelación designandose Magistrado Ponente y se señaló día para la votación y fallo que tuvo lugar el día 01-02-05.

TERCERO

En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Matías Manuel Soria Fernández Mayoralas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- Contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que desestimaba la demanda por declarar a la actora desistida de la acción, con imposición de costas y pago de daños y perjuicios, por incomparecencia al acto de juicio. Se formula recurso de apelación por la representación

de la misma, por considerar que existe infracción procesal respecto del art. 442 de la LEC, ya que la comparecencia a que se refiere puede hacerse por medio de procurador.

Por la parte apelada, se formuló oposición al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia por los propios fundamentos de la misma.

SEGUNDO

El día del Juicio Verbal, al acto, compareció el procurador de la demandante asistido del letrado, sin que compareciera la demandante personalmente, lo que motivó que el Letrado de dicha demandante, solicitara la suspensión del juicio por haber sido imposible contactar con su cliente, a los fines de la preparación del juicio y práctica de la prueba. El Juez de Instancia, deniega la suspensión y dicta sentencia teniendo por desistida a la actora en virtud de lo dispuesto en el art. 442 de LEC, que es el que considera el apelante inadecuadamente aplicado.

Entendemos que el art. 442, debe ser interpretado de acuerdo a como lo hace el apelante. No se puede declarar incomparecida a la parte que comparece adecuadamente representada por procurador, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 304 en relación con el 440.1 de la LEC, así las grandes sociedades corporativas anónimas como Bancos o Cías de Seguros, suelen comparecer a juicio únicamente a través del procurador, sin cuestionarse su incomparecencia, y no pueden ser los particulares de peor condición. Y sin que sea extrapolable lo dispuesto en el art. 414.2 de la LEC para el J. Ordinario, de exigencia de la presencia de la propia parte o poder especial del procurador, precisamente porque allí se exige que la parte comparezca «personalmente», en el procedimiento matrimonial, art. 770.3º, también se establece que deberán concurrir «las partes por sí mismas». Luego, cuando la LEC establece dicha condición, así lo dice expresamente.

En consecuencia, procede revocar la sentencia apelada y devolver las actuaciones hasta el momento inicial del acto de la vista.

TERCERO

Que a tenor de lo dispuesto en el art. 398 de la LEC al estimar el recurso de apelación, no procede hacer expresa condena en costas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el PUEBLO ESPAÑOL.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación formulado por D^a Carla , contra la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia n. 1 de Cartagena, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, ordenando al Juez que proceda a efectuar nuevo señalamiento para el juicio. Y sin que proceda hacer expresa condena en costas en esta instancia.

Notifíquese esta sentencia, conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior sentencia, ha sido leída y publicada íntegramente en Audiencia Pública, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, Doy fe.-

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Cuestiones

1. ¿Qué sucede cuando el demandante no comparece en el juicio? ¿Y cuando no comparece el demandado?
2. ¿Puede suplirse la falta de comparecencia de las partes con la asistencia de su procurador? ¿Y con la de su abogado?

Lección 16.^a Los recursos. Conceptos generales, remedios y queja

- Los recursos (medios de impugnación en sentido estricto) son los actos procesales de las partes mediante los cuales se impugna un proceso todavía pendiente, solicitando que se produzca un nuevo examen de lo ya resuelto en tanto en cuanto le resulta desfavorable, en aras a que se dicte una nueva resolución que modifique la anterior o la anule.
- En el proceso civil, el derecho al recurso no forma parte del derecho a la tutela judicial del art. 24 CE.
- Tradicionalmente, los recursos se han clasificado atendiendo a dos criterios:
 - a) Órgano competente que resuelve el recurso: son recursos no devolutivos aquellos de los que conoce el mismo órgano que dictó la resolución que se impugna (la reposición), mientras que nos encontramos ante recursos no devolutivos cuando el órgano que conoce del recurso es un órgano superior y distinto (el resto de recursos).
 - b) Ámbito del recurso: dentro de los recursos devolutivos, podemos distinguir entre recursos ordinarios, sobre los que la ley no establece un *numerus clausus* de motivos para su admisión, y recursos extraordinarios, respecto a los cuales la ley fija unos motivos determinados cuya alegación por el recurrente es requisito de admisión, sirviendo al mismo tiempo para delimitar el marco de poderes del tribunal *ad quem*.
- La procedencia, admisibilidad y prosperabilidad de los recursos se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos, presupuestos y condiciones previstas en la ley.
- Tradicionalmente se ha hecho referencia a los efectos devolutivo y suspensivo de los recursos. La mera presentación del recurso significa que la resolución impugnada no se convierte en firme.
- En cualquier momento antes de que recaiga la resolución, la parte recurrente puede desistir del recurso, solicitando que se ponga fin al mismo, quedando firme la resolución impugnada.

Reposición y queja

- La reposición es un recurso no devolutivo que procede únicamente contra resoluciones interlocutorias.
- La queja es recurso devolutivo, ordinario y accesorio que se interpone ante la inadmisión de los recursos de apelación, infracción procesal y casación.

Caso docente núm. 16. Recurso de queja. Objeto y alcance
(Auto del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 2004)

En la Villa de Madrid, a siete de diciembre de dos mil cuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

En el rollo de apelación núm. 126/2003 la Audiencia Provincial de Orense (Sección Primera) dictó Providencia, de fecha 3 de junio de 2004 declarando, no haber lugar a tener por preparados los recursos extraordinarios por infracción procesal formulados por la representación de la «Mancomunidad Vecinal de Montes en Mano Común de Sierra de Santaefemia, Quintela y Buscalque» y por la representación de D. Miguel Ángel, D. Everardo y D^a. Elisa, y teniendo por preparados para ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia los recursos de casación formulados, conjuntamente con aquéllos, por las indicadas partes litigantes.

SEGUNDO

Contra dicha Providencia se interpuso recurso de reposición, por ambas partes litigantes, que fue estimado por Auto de fecha 7 de septiembre de 2004, que acuerda tener por interpuestos los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, preparados conjuntamente, por ambas partes litigantes, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

TERCERO

Por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación la «Comunidad Vecinal de Montes en Mano Común de Sierra de Santaefemia, Quintela y Buscalque» y por la Procuradora D^a. Margarita Goyanes González-Casellas, en nombre y representación de D. Miguel Ángel, D. Everardo y D^a. Elisa, se han presentado escritos, con fecha 30 de septiembre y 5 de octubre de 2004, respectivamente, interponiendo recurso de queja por entender que los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación debían tenerse por preparados para ante este Tribunal Supremo.

Ha Sido Ponente el Magistrado Excmo. D. Clemente Auger Liñán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Conviene precisar inicialmente que esta Sala, al concretar el ámbito de la queja, ha reiterado el carácter meramente instrumental de este recurso ordinario, limitado al examen de la correcta denegación preparatoria de los recursos devolutivos –apelación, extraordinario por infracción procesal y casación– efectuada por el órgano jurisdiccional «a quo», tal y como se desprende de la configuración que de la queja se hace en el art. 494 de la LECIV 1/2000 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (AATS de 7 de octubre de 2003, en recurso 245/2003 [JUR 2003, 266152], de 20 de enero de 2004, en recurso 772/2003 [JUR 2004, 32191] y de 6 de julio de 2004, en recurso 545/2004 [JUR 2004, 290716], entre otros), y así se ha denegado el examen de muy diversas cuestiones planteadas a través de este recurso, en cuanto excedían del concreto análisis del pronunciamiento denegatorio de la tramitación de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación. A ello debe añadirse que literalidad del citado art. 494 de

la LECIV 1/2000 es clara al establecer que la única circunstancia que legitima a la parte para su formulación es la denegación de «la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación»; de manera que el legislador –conscientemente o no de otros problemas que pueden suscitarse en la tramitación de tales recursos, pero de manera palmaria– ha excluido del recurso de queja la posibilidad de plantear cualesquiera otras cuestiones relativas a la tramitación de los recursos devolutivos, (como es la relativa a la competencia funcional del tribunal ad quem), a las que no les reconoce, en cuanto no las contempla ni en dicho artículo 494 ni en ninguna otra disposición, virtualidad alguna para fundamentar este recurso; significa ésto que la ausencia de un pronunciamiento denegatorio del trámite de un recurso devolutivo impide la utilización de este medio de impugnación instrumental, de modo que formulada la queja, el órgano ante el que se interponga no puede examinar otras cuestiones, en tanto su limitado ámbito contrae la competencia de este exclusivamente a la corrección del pronunciamiento denegatorio de aquellos recursos; por ello procede declarar inadmisibile la queja, ya que ni siquiera es posible examinar la propia competencia para el conocimiento de este recurso, en cuanto falta la denegación del trámite indicada que, a la vez de constituir el presupuesto del recurso de queja, determina también la competencia para su conocimiento, como se deriva del reiterado art. 494, cuando expresa que la queja interponerse ante «el órgano al que corresponda resolver del recurso no tramitado».

SEGUNDO

La aplicación de cuanto se ha expuesto a las quejas que nos ocupan conllevan su inadmisión, ya que, la Audiencia tuvo por preparados –se dice por interpuestos en el Auto de 7 de septiembre de 2004– los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal formulados conjuntamente por cada una de las partes litigantes, hoy recurrentes, de manera que falta el referido presupuesto que legitima para su formulación, cual es la negativa a la tramitación de los indicados recursos; de manera que la disconformidad de los recurrentes con el pronunciamiento contenido en dicho Auto relativo a la competencia funcional de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia para su conocimiento y resolución, no puede ser alegada a través de la queja, ya que no se ha configurado por la LECIV 1/2000 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) como medio adecuado para suscitar cuestiones relativas a la competencia para el conocimiento de dichos recursos, ni, como se ha dicho, a ninguna otra cuestión que no sea la denegación de los mismos. Cuestión distinta es que las partes recurrentes en casación y por infracción procesal puedan alegar lo que consideren oportuno ante la propia Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, que, antes de la admisión, debe examinar y resolver sobre su competencia (cfr. art. 484 LECIV 2000), pudiendo el Tribunal Superior declinarla o declararse funcionalmente competente, sin que tampoco en esta última hipótesis sea medio hábil el recurso de queja para impugnar el pronunciamiento, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala (recurso de queja 1055/2002, Auto de 26 de noviembre de 2002).

TERCERO

Consecuencia de lo expuesto es que no cabe atender a los razonamientos de las partes recurrentes sobre la formulación de sus respectivas quejas ni examinar en esta resolución las vulneraciones denunciadas, si bien, conviene precisar, puesto que la «Comunidad Vecinal de Montes en Mano Común de Sierra de Santaefemia, Quintela y Buscalte» invoca el art. 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) que, su apreciación sobre la ausencia de perjuicio en la admisión de la queja para ninguna de las partes, no es razonamiento que permita a esta Sala prescindir de lo establecido por el legislador, por ello la cita del art. 24 de la Constitución no ampara su pretensión en cuanto es doctrina del Tribunal Constitucional que el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 [RTC 1983, 3] y 216/98 [RTC 1998, 216] , entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la

proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/95 [RTC 1995, 37], 186/95 [RTC 1995, 186], 23/99 [RTC 1999, 23] y 60/99 [RTC 1999, 60]).

La Sala acuerda

Inadmitir Los Recursos De Queja formulados por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez, en nombre y representación la «Comunidad Vecinal de Montes en Mano Común de Sierra de Santaefemia, Quintela y Buscalque» y por la Procuradora D^a. Margarita Goyanes González-Casellas, en nombre y representación de D. Miguel Ángel, D. Everardo y D^a. Elisa, contra el Auto de 7 de septiembre de 2004, dictado por la Audiencia Provincial de Orense (Sección Primera), en el rollo de apelación 126/2003, debiendo comunicarse esta resolución a la Audiencia para que conste en el rollo de apelación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

Cuestiones

1. Naturaleza del recurso de queja.
2. ¿Qué presupuesto legitima la interposición del recurso de queja?

Lección 17.^a Apelación

- El recurso de apelación es un recurso devolutivo y ordinario.
- Se trata de una apelación limitada en el sentido de que el tribunal superior que va a decidir el recurso de apelación ha de basar su decisión en los materiales de los que dispuso el tribunal inferior que dictó la resolución que se recurre, es decir, con arreglo a los mismos fundamentos de hecho y de derecho, sin que exista la posibilidad de que las partes puedan añadir nuevos hechos o nuevas pruebas (salvo supuestos excepcionales).
- Sin embargo, el tribunal superior no se limita a revisar la sentencia del inferior, sino que dicta una segunda decisión.
- El recurso de apelación puede servir tanto para que el tribunal superior controle la legalidad de fondo de la sentencia que se recurre, y por tanto, se dicte otra resolución conforme al derecho material, como para que controle la legalidad en la tramitación del proceso y se impugne una resolución de contenido meramente procesal.
- La apelación es competencia (funcional) de un tribunal distinto y superior al que dictó la resolución recurrida: los Juzgados de primera instancia conocen de las apelaciones contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz de su partido, y las Audiencias Provinciales, de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción.
- Las resoluciones recurribles en apelación son las contempladas en el artículo 455.1 LEC. Básicamente nos estamos refiriendo a las sentencias definitivas y a los autos definitivos (aunque también podrán recurrir determinados autos no definitivos que la ley diga expresamente que son apelables).
- Además de los efectos comunes a todos los recursos, la apelación suspende la competencia del tribunal *a quo*. Durante la sustentación del mismo la competencia del tribunal que ha dictado la resolución recurrida se limita a las actividades relativas a la ejecución provisional de la sentencia de condena.
- En la tramitación de la apelación deben diferenciarse dos partes: la primera de ellas se realiza ante el tribunal *a quo*, en donde se prepara, admite e interpone el recurso, pudiendo en esta fase las demás partes oponerse e impugnar el mismo en lo que le resulte desfavorable, y la segunda ante el tribunal *ad quem*, cuya tramitación variará según se celebre o no una vista.
- La prueba en la apelación será excepcional en atención a dos supuestos: *a)* subsanación de defectos en que se incurrió en la primera instancia; y *b)* se aprovecha la continuación del proceso para llevar a cabo lo que pueda realizarse en cualquier momento del mismo.

- La resolución que resuelva la apelación debe pronunciarse únicamente sobre los puntos planteados en el recurso (congruencia de la resolución) y no podrá perjudicar al apelante (prohibición de *reformatio in peius*).

Caso docente núm. 17. El recurso de apelación. Objeto
(Sentencia del Tribunal Supremo núm. 869/2009, de 18 de enero)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario 316/2002, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Marbella, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Málaga por la representación procesal de D. Juan Pedro y D. Victor Manuel , aquí representada por el Procurador Don Isacio Calleja García. Habiendo comparecido en calidad de recurrida la Procuradora Doña Ana María García Fernández, en nombre y representación de Euromutua Mutua de Seguros.

ANTECEDENTES DE HECHO

.....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se formulan seis motivos de impugnación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga. Cuatro en el recurso extraordinario por infracción procesal (una vez inadmitido el cuarto, sobre costas) y dos en el de casación. Todos ellos traen causa en la reclamación que los ahora recurrentes, D. Juan Pedro y D. Victor Manuel , hicieron a las aseguradoras de los daños materiales y lesiones sufridas en el accidente de tráfico ocurrido el día 1 de agosto de 1997 al colisionar la motocicleta Kawasaki WI-....-W , conducida por Victor Manuel , con el Renault 11, matrícula FU-....-F , circulando ambos por la carretera N-340, dirección Estepona, aquella por el carril izquierdo, este por el derecho.

La sentencia parte del hecho de que los dos conductores contribuyeron al resultado: la actora al intentar adelantar con su moto al automóvil, rebasando la doble línea continua que separa los carriles de ambas direcciones de la N-340, y el conductor del vehículo, por intentar cambiar de dirección hacia la izquierda, para acceder a una urbanización existente en dicha mano.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL .

SEGUNDO

El primer motivo denuncia la infracción de los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962), relativos al principio de justicia rogada y congruencia, porque se ha

absuelto a la aseguradora inicialmente demandada, Axa Seguros, SA, en base a un pretendido desistimiento de la acción llevado a cabo por la parte actora.

Se desestima.

La infracción de los artículos 216 y 218 supone que la sentencia ha resuelto sobre un pronunciamiento no solicitado por las partes vulnerando las normas de procedimiento y el propio derecho a la tutela judicial consagrado en la Constitución. Dice el artículo 216 que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales, añadiendo a su vez el artículo 218 que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, que se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Sobre el deber de congruencia que pesa sobre las sentencias, la jurisprudencia de esta Sala es reiterada al señalar que consiste, en «el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendido. La congruencia supone la correlación o armonía entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y la parte dispositiva de la sentencia» (SSTS de 9 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6428) y 20 de mayo 2009 (RJ 2009, 3185) , entre otras).

Es cierto que la actora introdujo en su demanda una pretensión concreta de condena contra la citada aseguradora. Ahora bien, dice la sentencia, ratificando la del Juzgado, que la misma parte renunció a la acción en el trámite del juicio y lo que se trae a colación a través del motivo no es más que la consideración como renuncia de lo que a juicio de los recurrentes fue una simple valoración de las consideraciones fáctico-jurídicas de las pruebas practicadas, cuestionando tanto los aspectos formales como materiales de este instituto, que entraña un poder de disposición sobre el objeto del proceso, para lo que se requiere capacidad procesal y de postulación, y que exige que el Procurador tenga poder especial que lo faculte expresamente para renunciar, tal y como resulta de los artículos 20 y 25.2.1º LEC . Y es evidente que ni estos artículos han sido citados en el motivo, ni una consideración jurídica distinta de los hechos como la que la parte recurrente tiene en el recurso contra lo que han razonado las sentencias de ambas instancias, en modo alguno determina la infracción de los preceptos que sí fueron citados en el motivo, por lo que el Tribunal de apelación al dictar sentencia ratificando la absolución a dicha parte por renuncia a la acción, no ha incurrido en incongruencia.

TERCERO

El segundo motivo señala como infringidos los números 2, 3 y 4 del apartado 1 del artículo 469 de la Ley Procesal , «al no resolverse en la sentencia dictada en apelación sobre los motivos de apelación invocados por la representación de los demandantes a través del trámite de impugnación de la sentencia». Lo que realmente plantea son dos cuestiones distintas: una, el incumplimiento por la recurrente del requisito establecido en el artículo 449.3 de la LEC, necesario para recurrir en apelación, al no haber consignado la aseguradora el importe íntegro de la condena, haciéndolo mediante aval bancario y no mediante consignación; y otra, la infracción del artículo 461 por no haber resuelto sobre las cuestiones planteadas en el escrito de impugnación al recurso de apelación formulado por la demandada.

El primero se desestima. El artículo 449 bajo la rúbrica «del derecho a recurrir en casos especiales», refiere diversos supuestos en los para la admisión del recurso de apelación se exige al recurrente que en el momento de la preparación acredite el abono o consignación de determinadas cantidades, como son entre otros aquellos en los que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos a motor, señalando el apartado 5 que

podrá hacerse mediante depósito o consignación, que podrá serlo también a modo de aval de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, o por cualquier otro medio que garantice, a juicio del Juzgado o Tribunal, la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El precepto es claro y su cumplimiento configura un requisito de procedibilidad necesario para la admisión del recurso y como tal controlable de oficio (ATS 20 de mayo 2003 (JUR 2003, 126011) y demás resoluciones que se citan). Pues bien, si la Sala de apelación no ha entrado en el examen y resolución de lo que constituye objeto del motivo es porque se trata de una cuestión que había sido resuelta anteriormente, mediante declaración de estar bien realizada la consignación, dando de esa forma respuesta a la solicitud deducida por la recurrente, que también impugna que lo fuera mediante aval bancario, ignorando que el aval es posible conforme a los apartados 3º y 5º del artículo 449, distinto del medio que figura en el apartado 1º referido a procesos que lleven aparejado el lanzamiento en los que se exige tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.

También el segundo. La preocupación del legislador por delimitar lo que constituye el objeto del proceso se ha trasladado al recurso de apelación; que al ser de cognición plena o de plena jurisdicción permite una revisión total de la sentencia apelada, condicionada únicamente a los puntos de disconformidad señalados por cada parte, los cuales deben quedar perfectamente delimitados en el trámite de preparación y de impugnación del recurso; sin que sea posible introducir cuestiones nuevas o ejercitar pretensiones modificativas, con prohibición de la reforma peyorativa y plena facultad del Tribunal para valorar las pruebas sin impedimento alguno. Con esa finalidad, la sustanciación de la apelación se articula a través de distintos trámites que van a delimitar el objeto del debate en la segunda instancia, sobre el que deberá pronunciarse en la sentencia el Tribunal de apelación, como precisa el artículo 465:

- (a) Fase de preparación –artículo 457–, en el que la que el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir «con expresión de los pronunciamientos que impugna».
- (b) Fase de interposición del recurso –artículo 458–, en la que se «expondrán las alegaciones que se base la impugnación».
- (c) Fase de oposición al recurso por el apelado e impugnación de la sentencia en lo que le resulte desfavorable «por quien inicialmente no hubiere recurrido» –artículo 461.2.
- (d) Fase de traslado de los escritos de impugnación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 461 al apelante principal, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente –artículo 461.4.

Fuera quedan los demás puntos o cuestiones que, habiendo sido resueltos en la primera instancia, no hayan sido incluidos en el escrito de preparación. La impugnación a que se refiere el artículo 461 es por tanto un instrumento procesal que la Ley pone al alcance de la parte que se aquieta con el fallo de primera instancia que no le resulta totalmente favorable y que es apelado por la contraria, para insertar pretensiones autónomas y eventualmente divergentes de la apelación principal, evitando el riesgo de que a través del recurso se agrave en su contra ese pronunciamiento.

Pues bien, el problema que plantea el motivo consiste en determinar si quien prepara e interpone su propio recurso de apelación queda habilitado para ampliar su objeto aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado en el suyo, extremo este que acota la particularidad del caso, dentro de las distintas soluciones procesales que pueden resultar de la impugnación, y que resolvió la sentencia recurrida negando tal posibilidad con el argumento, aceptado por la Sala, de que «ha precluido este trámite procesal, ya que el citado artículo (se refiere al artículo 461) en su apartado segundo, permite la impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiese recurrido». El contenido de la impugnación, en la forma que se pretende hacer valer en el motivo, resulta claramente extemporáneo por cuanto supone ampliar los pronunciamientos sobre los que el apelante había anunciado su

recurso, limitado a la estimación parcial del derecho reclamado y a la absolución de uno de los codemandados, convirtiendo al apelante inicial en impugnante del recurso formulado por el apelado frente al que tuvo la oportunidad de alegar lo que a su derecho e interés convenía, haciéndolo contra la literalidad no solo del artículo 457, sino del 461.2 de la ley, que autorizan la impugnación respecto de aquello que resulta desfavorable a quien inicialmente no hubiere recurrido, y que de admitirla conllevaría una ampliación de la apelación en extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos incluido en el escrito de preparación, dándole la oportunidad de recurrir nuevamente frente a la misma parte.

CUARTO

.....

OCTAVO

En materia de costas procesales, se imponen a la parte recurrente las causadas por ambos recursos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Declarar no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la Procuradora Doña Elba Leonor Osorio Quesada, en la representación que acredita de Don Juan Pedro y Don Victor Manuel, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 9 de Noviembre de 2004 (JUR 2004, 301762), con expresa condena a los recurrentes de las costas causadas.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios.- Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Cuestiones

1. Naturaleza del recurso de apelación.
2. ¿Es posible ampliar el objeto del recurso de apelación en el trámite de alegaciones del apelante?
3. Tramitación del recurso de apelación.

Lección 18.ª Infracción procesal y casación

Los recursos extraordinarios se caracterizan porque la ley limita los motivos que puede alegar el recurrente, delimitándose así el ámbito de los poderes del tribunal *ad quem*. Tienen naturaleza anulatoria.

El recurso por infracción procesal

- Como señala Montón Redondo, su objeto puede escindirse en dos: velar por la pureza del procedimiento controlando el cumplimiento de sus presupuestos y formas esenciales, y preservar los derechos y garantías procesales que la Constitución reconoce a los justiciables.
- La competencia se atribuye a la Sala de lo Civil del TS (y, en su caso, a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ de las CCAA).
- Para su interposición, deben haberse agotado los medios legales previstos para subsanar la infracción denunciada, sin haberse adoptado las medidas oportunas para ello.
- Son recurribles todas las resoluciones de segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales cuando concurra alguno de los motivos contemplados en el artículo 469 LEC.
- Si se estima la infracción denunciada, se anulará la resolución recurrida (además, se producen otra serie de efectos que varían según el motivo alegado).

El recurso de casación

- Controla la correcta aplicación de las normas o jurisprudencia en la resolución de los litigios, además de unificar criterios jurisprudenciales o crear doctrina donde no la hubiera.
- Su competencia se atribuye, dependiendo del ámbito en el que tenga lugar, a la Sala de lo Civil del TS, o a las Salas de lo Civil y Penal o de lo Civil de los TSJ de las CCAA.
- Son recurribles en casación únicamente las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en las que concurren determinadas circunstancias expresamente previstas en la ley.

- Los motivos en los que puede fundamentarse la casación son: la estimación de la infracción de normas sustantivas aplicables para la resolución del litigio, de contradicciones en la doctrina jurisprudencial, o su propia inexistencia por interés casacional.
- En caso de apreciarse el motivo de casación, se casará la sentencia y se resolverá sobre el fondo del asunto, aplicando correctamente la norma al caso, pronunciándose sobre la contradicción jurisprudencial o estableciendo, en su caso, doctrina interpretadora de la norma de que se trate.

El recurso en interés de la ley

- Su objetivo reside en unificar la jurisprudencia de los TSJ sobre infracciones o garantías procesales, para que su interpretación sea la misma en todo el territorio nacional.
- La competencia se atribuye a la Sala de lo Civil del TS.
- Son recurribles las sentencias firmes dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ resolviendo recursos por infracción procesal, siempre que no hayan sido recurridas en amparo.
- El motivo que fundamenta este recurso es la existencia de criterios discrepantes en las distintas sentencias de los TSJ.
- Están legitimados para promocionar este recurso el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo (excepcionalmente podrán promoverlo también personas jurídicas de Derecho Público).

Caso docente núm. 18. El recurso de casación. Naturaleza y alcance. Resoluciones recurribles. Motivo del recurso
(Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra –Sala de lo Civil y Penal– núm. 15/2006, de 12 de diciembre)

En Pamplona a doce de diciembre de dos mil seis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La Procuradora doña Elena Díaz Alvarez Maldonado, en nombre y representación de don Miguel, interpuso en el rollo de apelación 63/2006 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra recurso de casación contra la sentencia dictada en el mismo el 7 de septiembre de 2006, basando en el escrito preparatorio la recurribilidad de la sentencia en el interés casacional derivado de su oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en las sentencias que citaba y anunciando como precepto legal infringido la Ley 357 del Fuero Nuevo de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077). Aunque en el mismo escrito se preparaba también el recurso por infracción procesal en relación a las costas del proceso, mediante otrosí se advertía que de corregirse el error que entendía cometido renunciaría a mantener este segundo recurso extraordinario. El escrito de interposición se limita al recurso de casación, articulándose en él un único motivo en el que se denuncia la infracción de la Ley 357 del Fuero Nuevo de Navarra y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los requisitos de la posesión hábil para la usucapión.

SEGUNDO

Recibidos los autos y el rollo de apelación, esta Sala ordenó la formación del rollo de casación, al que correspondió el número 27/2006, tuvo por personada a la parte recurrente y a la recurrida doña Susana, representada por el Procurador doña María Teresa Igea Larráyo, y designó ponente al Ilmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Fernández Urzainqui.

TERCERO

Con fecha 6 de noviembre de 2006 la Sala dictó providencia que literalmente decía así: «Dada cuenta; apareciendo fundado el recurso en un único motivo de casación en el que se denuncia la infracción de la Ley 357 del Fuero Nuevo de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077), la Sala observa: 1º) que el interés casacional que sustenta la casación es la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recaída en sentencias referidas al Código Civil (LEG 1889, 27) y no la oposición a doctrina sentada por este Tribunal Superior de Justicia, o antes de su constitución por el Tribunal Supremo, en relación a la normativa foral pretendidamente infringida; y 2º) que el recurso cuestiona la realidad de la posesión en concepto de dueño que la sentencia de instancia declara evidenciada por la prueba practicada –FD 4º– sin haber articulado motivo alguno de infracción procesal en la valoración de la prueba. En consideración a lo expuesto, la Sala, estimando que el recurso interpuesto pudiera estar incurso en causa de inadmisión, a tenor de lo prevenido en los artículos 477.1 y 3, y 483.2-2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), ha acordado oír a las partes personadas por término de diez días para que aleguen lo que a su derecho convenga sobre la admisibilidad del recurso, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 483.3 de la expresada Ley procesal».

CUARTO

Evacuando el trámite de audiencia conferido, ambas partes presentaron escrito de alegaciones, la recurrente en defensa de la admisibilidad del recurso y la recurrida en defensa de su inadmisión. Mediante diligencia de ordenación de 23 de noviembre de 2006 quedaron las actuaciones a disposición de la Sala para resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso.

Ha sido ponente del recurso el Ilmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Fernández Urzainqui.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El recurso de casación civil foral interpuesto.

La representación procesal del demandado don Miguel, interpuso recurso de casación civil contra la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2006 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra en el rollo de apelación 63/2006 (JUR 2007, 92274), basando en el escrito preparatorio y en el mismo de interposición la recurribilidad de la sentencia de instancia en el interés casacional derivado su oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en las sentencias que citaba, todas ellas relativas a los requisitos de la posesión hábil para la usucapión y dictadas en aplicación de la normativa del Código Civil (LEG 1889, 27), pese a que la infracción legal en que terminaría fundando el recurso sería la de la Ley 357 del Fuero Nuevo de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077).

El escrito de interposición del recurso de casación, que aporta las sentencias del Tribunal Supremo mencionadas en el de preparación, articula –según lo anunciado– un solo motivo de casación en el que se invoca la infracción de la Ley 357, párrafo segundo, del Fuero Nuevo y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En su desarrollo la parte recurrente niega que en el caso de autos haya quedado probada la posesión determinante de la usucapión y más aún que dicha posesión haya sido ejercida a título de propietario.

La Sala, al amparo de lo dispuesto en el artículo 483.3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), ha puesto a las partes de manifiesto la posible concurrencia de causa de inadmisión del recurso, mediante providencia que literalmente se transcribe en el antecedente de hecho tercero de esta resolución, habiendo evacuado el trámite de audiencia conferido las dos partes litigantes, con el resultado que asimismo se recoge en el último antecedente de hecho de la misma.

SEGUNDO

La competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Cumpliendo lo prevenido en el artículo 484.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), procede en primer término afirmar la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de Navarra para el conocimiento del recurso interpuesto, al aparecer fundado en la infracción de una norma civil foral navarra, en concreto en la vulneración de la Ley 357 del Fuero Nuevo de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077); lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determina la competencia de su Sala de lo Civil y Penal.

TERCERO

La inadmisibilidad del recurso por razón del interés casacional invocado.

Como se ha dicho, la parte recurrente justifica la recurribilidad de la sentencia de instancia en el «interés casacional» derivado de su oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en las sentencias que cita. Sucede que todas ellas, relativas a los requisitos de la posesión hábil para la usucapión, han sido dictadas en interpretación y aplicación de la normativa del Código Civil (LEG 1889, 27) y no en las de la civil foral en cuya infracción se funda el recurso.

El «interés casacional» habilitante del recurso ha de contemplarse en relación con las infracciones legales que lo motivan y la competencia funcional del Tribunal de casación ante el que se interpone.

En el caso de autos, es en efecto la Ley 357, párrafo segundo, del Fuero Nuevo de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) la que, también para la usucapión extraordinaria, exige entre sus requisitos la «pacífica posesión como propietario...».

El interés casacional que esta sola infracción legal justifica, en un recurso de casación civil foral, ha de venir determinado por una interpretación o aplicación de la norma en la instancia opuesta a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, desprovista de doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior o sobre la que exista jurisprudencia contradictoria de la Audiencia Provincial de Navarra y sus distintas Secciones (art. 477.3 LECiv [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]).

Habilitando este recurso extraordinario, por interés casacional, en los casos de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia, el legislador ha querido que sean estos tribunales los que, en el ámbito de sus respectivas competencias funcionales –el primero, en materias de Derecho común o general, y el segundo, en materias de Derecho foral o especial–, decidan mantener su doctrina, haciéndola prevalecer sobre la sentada en instancia, o modificarla, alterándola, tras la reconsideración que el recurso les posibilite.

Precisamente por ello, la pretendida oposición de la sentencia de instancia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, referida a normas de Derecho común o general, constituye una alegación inidónea para justificar el «interés casacional» en un recurso de casación civil foral ante un Tribunal Superior de Justicia que, en ningún caso podría reconsiderar, revisar, corregir o enmendar la doctrina del Tribunal Supremo cuya contradicción se denuncia, pues –como antes se ha dicho– el «interés» legal habilitante del recurso no se limita al control de la observancia de esa doctrina por los tribunales inferiores, sino que alcanza también a su eventual reconsideración ante resoluciones que eventualmente se aparten de ella. Dilucidándose la oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo procedente era –como esta Sala declaró en sus Autos de 14 de noviembre de 2002 (R° casación 33/2002), 28 de noviembre de 2004 (R° casación 34/2004) y 11 de octubre de 2006 (R° casación 22/2006)– acudir en casación al Tribunal Supremo, único competente para la reafirmación o rectificación de su propia doctrina jurisprudencial. Y es que, como también esta misma Sala declaró en su Auto de 1 de febrero de 2005 (R° casación 30/2004 [JUR 2005, 85994]), no dejaría de ser paradójico que este Tribunal Superior hubiera de solventar la discrepancia doctrinal con respecto a la jurisprudencia emanada de otro tribunal de casación, en este caso, del Tribunal Supremo.

Sucede además que la jurisprudencia cuya inobservancia se invoca en el recurso ha sido sentada en interpretación y aplicación de normas civiles comunes que no son directa, ni supletoriamente, aplicables a la resolución de la contienda, al existir en el Derecho civil navarro disposiciones legales de inmediata aplicación a ella. La alegada jurisprudencia se refiere a la exigencia de una efectiva posesión ejercida en concepto de dueño para la adquisición de la propiedad por usucapión. Tal exigencia se desprende de los artículos 447 y 1941 del Código Civil (LEG 1889, 27), desplazados en el Derecho civil navarro por la Ley 357 del Fuero Nuevo

de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) que para la usucapión, no sólo ordinaria sino también extraordinaria, también exige la «posesión como propietario» del adquirente.

A partir de esta coincidencia normativa –de las disposiciones comunes y forales– la parte recurrente ha justificado, en el trámite de alegaciones conferido por la Sala, su recurso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la ausencia de jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia de Navarra sobre la alegada exigencia legal. Tal justificación no resulta de recibo:

- a) En primer lugar, porque si realmente este Tribunal no se hubiera pronunciado sobre ella, el «interés casacional» que el recurso presentaría sería el de la inexistencia de doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho civil foral de la Comunidad a que asimismo hace mención, en su párrafo segundo, el artículo 477.3 de la repetida Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).
- b) Pero, en segundo término, también, porque existe doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior de Justicia sobre la alegada exigencia legal sentada en aplicación de la Ley 357 del Fuero Nuevo de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) cuya infracción denuncia el único motivo de casación articulado. Esta Sala se ha pronunciado sobre «la necesidad de la posesión como requisito inexcusable para adquirir la propiedad a través del instituto de la usucapión» (s. 28 junio 1999 –R° 23/1998 [RJ 1999, 5605]–), declarando que «para que tal usucapión sea apreciable es necesario... [el] ejercicio de una posesión apta para usucapir» (s. 6 mayo 1996 –R° 27/1995 [RJ 1996, 4258]–) y que esta posesión es la ejercida «en concepto de dueño» (SS. 14 junio 1994 –R° 32/1993 [RJ 1994, 5513]– y 1 octubre 2004 –R° 20/2004 [RJ 2004, 1141]–) y no en otro distinto como el de «arrendatario» (s. 30 noviembre 1991 –R° 10/1991 [RJ 1991, 9802]–) o el de titular de una concesión administrativa (s. 6 mayo 1996 –R° 27/1995 [RJ 1996, 4258]–).

El recurrente podía haber pues invocado como interés casacional en el recurso interpuesto ante este Tribunal la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina por él sentada en las sentencias a que se ha hecho mención o, de no considerar recogida en ellas la doctrina aplicable al caso, la inexistencia de doctrina jurisprudencial de este Tribunal sobre la norma civil foral de que aquélla se derivaba. Lo que, en razón a lo expuesto, no resulta de recibo es la alegación como interés casacional de la oposición a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en interpretación de disposiciones civiles comunes inaplicables al caso.

CUARTO

La inadmisibilidad del recurso en razón al motivo de casación que lo sustenta.

El motivo único de casación que en el recurso se articula denuncia la infracción de la Ley 357, párrafo segundo, del Fuero Nuevo (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En su desarrollo el recurrente niega que en el caso de autos haya quedado probada la posesión determinante de la usucapión y más aún que dicha posesión haya sido ejercida a título de propietario, censurando a la Audiencia que haya deducido, sin otras pruebas que unos informes periciales y unas fotografías, la certeza de una posesión a título de dueño que sólo a la parte actora incumbía probar.

La sentencia recurrida, valorando la prueba pericial (tanto del señor Íñigo como de la testigo-perito señora Olga), la de interrogatorio partes (de la demandada) y la documental (delinde y amojonamiento) obrantes en autos, declara en el fundamento jurídico cuarto que «la prueba practicada lo que evidencia es que la actora y de quien ella trae causa, su padre don Santiago, desde 1957, con ocasión de la compra de la FINCA000 el día 23 de julio, ha poseído, en concepto de propietario, de buena fe, en la creencia de poder poseer como titular del dominio», las parcelas litigiosas.

El motivo único de casación, fundado –como se ha dicho– en la infracción de una norma sustantiva foral, no se limita a cuestionar la conceptualización o calificación jurídica de los hechos probados como «posesión ejercida a título de propietario», sino que combate la base probatoria en que se asienta, con olvido de que la fijación de los presupuestos de hecho relativos a la posesión y su ejercicio en concepto de propietario pertenece, como cuestión fáctica, a la apreciación de los tribunales de instancia, siendo vinculante en casación (ss. 14 junio 1994 [RJ 1994, 5513], de este Tribunal Superior de Justicia y 12 noviembre 1953, 28 noviembre 1983 [RJ 1983, 6680], 20 octubre 1994, 25 octubre 1995 [RJ 1995, 7848], 16 noviembre 1999 [RJ 1999, 8612] y 17 mayo 2002 [RJ 2002, 5343], del Tribunal Supremo), en tanto no resulte desvirtuada a través de un motivo de infracción procesal en la valoración de la prueba, que en el caso de autos no aparece articulado.

En el trámite de alegaciones conferido por la Sala, afirma el recurrente que «lo que el recurso cuestiona es el concepto jurídico de la posesión a título de propietario». Sin embargo el desarrollo argumental del motivo desautoriza tal afirmación. En él no se combate la calificación jurídica del «cultivo» o «aprovechamiento», declarado probado, de las fincas litigiosas junto con la de Samsomain por la actora y su causante, o por quienes reconocidamente las «explotan por cuenta» de aquélla, como «posesión». Tampoco se ataca la correcta calificación jurídica de su ejercicio «como propietario» o «en concepto de dueño» del hecho –también declarado probado– de hacerlo «en la creencia de poder poseer como titular del dominio», manifestada –según la sentencia recurrida– en el acta de deslinde de 1963 en que el padre de la actora «actuó en calidad de propietario», siendo tenido «como tal propietario» por las Administraciones intervinientes. Lo que el motivo de casación efectivamente ataca es la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia, pretendiendo imponer sobre el criterio objetivo e imparcial de la misma el más subjetivo e interesado suyo, con olvido de que la casación no es una tercera instancia y en ella no cabe una nueva valoración del material probatorio reunido, ni una revisión de la ya efectuada por los juzgadores de instancia mediante una impugnación abierta del juicio fáctico contenido en sus resoluciones (ss. 29 septiembre 1998 [RJ 1998, 6804], 26 enero 1999 [RJ 1999, 190], 19 julio 2002 [RJ 2002, 9096], 12 mayo y 10 julio 2003, del Tribunal Supremo, y 31 diciembre 1998, 2 marzo 1999, 8 mayo 2000, 21 diciembre 2001, 19 junio 2002 [RJ 2002, 9006], 5 junio 2003 [RJ 2003, 5434], 4 octubre 2004 [RJ 2004, 1142] y 7 junio 2005 [RJ 2005, 4961], entre otras, de este Tribunal Superior de Justicia).

El recurso, al invocar la infracción de la Ley 357, párrafo segundo, del Fuero Nuevo (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077), esta pues dando por sentado, contra el criterio de la sentencia recurrida, que la prueba practicada no evidencia la posesión ni menos su ejercicio como propietaria por la actora y su causante, haciendo con ello «supuesto de la cuestión»; vicio casacional consistente, como repetidamente ha puesto de relieve el Tribunal Supremo (ss. 6 abril 2000 [RJ 2000, 1818], 5 diciembre 2001 [RJ 2001, 9935], 13 noviembre 2003 [RJ 2003, 8304] y 30 noviembre 2005 [RJ 2006, 82]) y esta misma Sala (SS. 27 noviembre 2000, 6 febrero 2002, 5 junio 2003 [RJ 2003, 5434], 28 septiembre 2004 [RJ 2005, 1175], 9 junio 2005 [RJ 2005, 4923] y 6 febrero 2006 [RJ 2006, 2216]) en «fundamentar un motivo de casación partiendo de datos fácticos diferentes a los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto de recurso, sin obtener previamente su modificación o integración»; objetivo para el que es inidóneo el motivo de casación articulado por infracción de norma sustantiva o material pese a que –como se ha dicho– en su desarrollo trata de justificar el recurrente el error de la Sala de instancia en la apreciación de la prueba y la inconsistencia probatoria de la conclusión sentada por ella.

Como con reiteración viene declarando el Tribunal Supremo en fase de admisión de los recursos de casación, la exigencia de una correcta técnica casacional deriva de la propia naturaleza de este recurso y se encuentra implícita en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), de suerte que el precepto determina la inadmisibilidad, no sólo de los recursos carentes de fundamentación, sino también de la de aquéllos que, aun cumpliendo aparentemente sus requisitos formales –denuncia de infracción sustantiva y exposición de alegaciones– no someten al Tribunal de casación una verdadera infracción sustantiva

sino una revisión global de la valoración probatoria de instancia (Autos de 23 [RJ 2006, 5131] y 30 mayo [RJ 2006, 4605] y 19 septiembre 2006 , del Tribunal Supremo) o sostienen ante él aquella infracción, haciendo «supuesto de la cuestión», al partir de premisas que hubieran requerido la previa formulación de uno o más motivos de infracción procesal para desvirtuar la base fáctica sustentadora de las conclusiones de instancia (Autos 11 julio y 19 septiembre 2006, del Tribunal Supremo).

En suma, procede por lo expuesto declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto y la firmeza de la sentencia recurrida. con imposición a la recurrente de las costas causadas con su interposición.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, la Sala

HA RESUELTO

- 1º Declararse competente para el conocimiento del recurso de casación promovido.
- 2º Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del demandado don Miguel.
- 3º Declarar firme la sentencia dictada en grado de apelación el 7 de septiembre de 2006 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra en autos de juicio ordinario núm. 354/2005 procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Tafalla.
- 4º Imponer al recurrente las costas causadas con la interposición del recurso de casación.
- 5º Devolver las actuaciones a la Sección de la Audiencia de procedencia con certificación de esta resolución.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, de que doy fe.

Cuestiones

1. ¿Qué naturaleza presenta el recurso de casación?
2. ¿Qué resoluciones pueden recurrirse en casación?
3. ¿Qué tribunales son competentes para resolver este recurso?
4. ¿Qué motivos pueden alegarse para fundamentar el recurso?

Lección 19.^a Cosa juzgada e impugnación

El efecto más importante del proceso es la cosa juzgada. Podemos hablar de dos tipos de cosa juzgada, dependiendo del ámbito en el que se produzca.

a) Cosa juzgada formal

- Tal y como la define Montero, es un efecto interno de las resoluciones judiciales, en cuanto que se refiere al proceso mismo en el que la resolución se dicta, en virtud del cual las partes y el tribunal, en el desarrollo posterior del proceso, no podrán desconocer lo decidido en la resolución que la ha producido. Ello significa que el tribunal queda vinculado por su propia decisión y en la continuación del proceso.
- La producen todas las resoluciones que se dictan a lo largo del proceso, pero no aquellas que ponen fin al mismo. Su razón de ser se encuentra en la seguridad jurídica y en que el proceso se desarrolle de un modo ordenado.

b) Cosa juzgada material

- Supone la vinculación del contenido de lo decidido en una sentencia sobre el fondo de un asunto en otro proceso distinto posterior. Sus efectos, pues, no tienen carácter interno como sucedía con la cosa juzgada formal, sino externo.
- Las resoluciones que producen este tipo de cosa juzgada son exclusivamente las sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto.
- Funciones de la cosa juzgada material:
 - 1) Negativa o excluyente: supone la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y con el mismo objeto. Es el tradicional principio del *non bis in idem*.
 - 2) Positiva o prejudicial: conlleva el deber de ajustarse a lo juzgado cuando deba decidirse sobre una relación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. En este caso, no se excluye una segunda decisión, sino que se condiciona.

La cosa juzgada material únicamente podrá oponerse en un segundo proceso cuando concurren una serie de identidades. Concretamente, deben coincidir las partes (con algunas matizaciones) y el objeto del proceso, que debe ser el mismo en ambos procesos.

Impugnación de la cosa juzgada

Los medios que permiten impugnar la cosa juzgada son los siguientes:

El juicio de revisión de sentencias firmes

- Su fundamento reside en la mera posibilidad de que la sentencia firme sea ilegal, injusta o errónea. Procede la revisión cuando la actividad de las partes o del órgano jurisdiccional en un proceso se ha visto condicionada por una serie de circunstancias anómalas que pudieron hacer que la sentencia se dictara con un contenido distinto.
- No es un recurso, sino un nuevo proceso en el que se ejercita una pretensión autónoma.
- Las cuatro causas de revisión son las enumeradas taxativamente en el artículo 510 LEC; motivos que deben basarse en hechos no alegados ni discutidos en el proceso anterior y que deben haber ocurrido fuera del mismo.
- Únicamente puede interponerse contra sentencias firmes.
- El órgano competente para conocer de la revisión es la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (y, en su caso, la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia).
- Si el Tribunal estima la revisión, rescindirá la sentencia impugnada, sin entrar en la cuestión de fondo que fue objeto en el proceso anterior, devolviéndose los autos al tribunal de que procedan para que las partes usen su derecho según les convenga.

La audiencia al demandado rebelde

- El objetivo de la audiencia al rebelde es oír al demandado que fue declarado rebelde por causas no imputables a él, bien porque no tuvo conocimiento de la existencia del proceso, bien porque, aún teniéndolo, no pudo comparecer por fuerza mayor.
- Se tramita en dos fases diferenciadas: una primera fase ante el tribunal que dictó la sentencia respecto de la que se solicita la revisión, en la que se constata si concurren o no los requisitos previstos en la ley, rescindiéndose la misma en caso afirmativo, y una segunda fase de sustantación de la audiencia ante el órgano competente para conocer de la primera instancia del juicio de que se trate, reproduciéndose el juicio, pero ahora con la intervención del demandado, con la finalidad de alterar la sentencia impugnada.

La nulidad de las actuaciones

- La petición de nulidad debe basarse en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los contemplados en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución firme y, además, dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.
- La competencia se atribuye al mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución.
- Si se estima que se ha vulnerado un derecho fundamental, se declarará la nulidad de lo actuado con reposición de las actuaciones al momento correspondiente, para a partir de ahí seguir con el procedimiento.

La oposición del tercero

La LEC, a diferencia de los ordenamientos jurídicos italiano y francés, no regula la oposición de tercero a la cosa juzgada.

Caso docente núm. 19. La revisión. Motivo: maquinaciones fraudulentas (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 557/2009, de 28 de julio)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Julio de dos mil nueve

Vist por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, en el recurso extraordinario de revisión que con el número 62/2007, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la Congregación ESCLAVAS DEL SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS, PROVINCIA DE ARAGÓN, aquí representada por la Procuradora Doña María Teresa de Donesteve y Velásquez Gaztelu, contra la sentencia dictada en fecha 19 de abril de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Zaragoza en el juicio ordinario número 1218/2006, siendo parte recurrida Don Casimiro, representado por el Procurador Don Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

...

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

. - Resumen de antecedentes.

La representación procesal de la Congregación de las Esclavas del Sagrado Corazón de Jesús, provincia de Aragón, solicita la revisión de la sentencia firme de 19 de abril de 2007 dictada por Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza, en los autos de juicio ordinario n.º 1218/2006-H.

La revisión se fundamenta en el artículo 510.4.º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), por haber recaído la sentencia en virtud de maquinación fraudulenta. Según alega la demandante, la sentencia se ganó ejerciendo una opción de compra concedida hace más de 17 años contra la herencia yacente y herederos desconocidos de D.ª Marí Luz , mediante la interposición de una demanda en la que se manifestaba que se ignoraba el domicilio de la fallecida y el lugar y fecha de su defunción y no se interesaba su emplazamiento personal en los dos domicilios de la fallecida que conocía quien ejercitaba la acción.

SEGUNDO

. - Plazo para interponer la demanda de revisión.

El artículo 512.2 LEC establece que se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubriere el fraude.

Alega la parte demandada que la parte demandante, al efecto del cumplimiento del este plazo, no ha levantado la carga de demostrar la fecha en que tuvo conocimiento de la maquinación fraudulenta, pues la sentencia condenatoria había sido objeto de publicación por medio de edictos en un periódico de la máxima difusión y había sido dictada en un procedimiento en el

cual la parte contra la que se dirigía a la acción fue emplazada igualmente por medio de edictos y en el que se había dictado una medida cautelar de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

La jurisprudencia de esta Sala tiene, en efecto, declarado que corresponde a quien solicita la revisión demostrar que lo hace antes de vencer los plazos establecidos para ello (SSTS 30 de septiembre 2002 (RJ 2002, 8495), 19 de enero de 2004 (RJ 2004, 145) 18 de febrero de 2004 (RJ 2004, 752) y 18 de julio de 2005 (RJ 2005, 9255)). Sin embargo, no puede exigirse al demandante la carga desproporcionada de probar que no pudo tener conocimiento de los hechos que dan lugar a la revisión en ningún momento anterior a aquel en que justifica razonablemente haber tenido acceso a ellos, pues tamaña desproporción comportaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Aplicando este principio, esta Sala ha entendido que debe entenderse demostrado que el día inicial del cómputo de los plazos es el señalado por el demandante en revisión cuando este alega que no tuvo conocimiento de la sentencia dictada en rebeldía hasta que se dio traslado de un escrito presentado en otro proceso en el que se hacía referencia a ella y esta alegación no aparece contradicha por principio de justificación alguno en virtud de los medios de prueba aportados al proceso (STS 9 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3104), procedimiento de revisión n.º 4/2005).

En el caso examinado la parte demandante ha suministrado una explicación plausible acerca de las circunstancias en que tuvo conocimiento de la sentencia firme en que resultó condenada a través de un hermano de la fallecida, que recibió noticia de la sentencia a raíz de otro proceso. De la abundante prueba documental existente en el procedimiento no se desprende justificación alguna de que dicho conocimiento pudiera haber tenido lugar de manera efectiva en un momento anterior. La parte recurrente no contradice esta afirmación, pues sus alegaciones se fundan en el efecto de publicidad de los edictos publicados en los medios de comunicación, en la carga del heredero de investigar la situación del caudal hereditario tras el fallecimiento de su causante, en los deberes tributarios formales derivados de la sucesión, y en el efecto de publicidad de la anotación preventiva publicada en el Registro de la Propiedad.

Está Sala no puede sin embargo, admitir que estos principios y deberes sean suficientes para desvirtuar la explicación dada por la parte demandante del momento en que conoció la existencia de la sentencia cuya revisión solicita. El carácter efectivo de la tutela judicial y del principio de defensa, que constituye una de sus manifestaciones, exige que el conocimiento de un hecho exigido por la ley como determinante de la caducidad de una acción procesal tenga carácter real y efectivo y no pueda fundarse en los efectos teóricos o hipotéticos del principio de publicidad de los edictos (que, por sus características, pueden no ser advertidos por la persona a la que se dirigen: STS 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2350), procedimiento de revisión n.º 79/2004), ni, de modo análogo, en el principio de publicidad registral ni en el incumplimiento de cargas o deberes ajenos a la protección del derecho controvertido, que es, en el supuesto examinado, el de oponerse al ejercicio de una opción de compra que se hace efectiva frente a los herederos muchos años después de ser concedida por la fallecida.

TERCERO

. - La ocultación del domicilio de la persona contra la que se dirige una acción judicial.

La maquinación fraudulenta está representada por una concreta actuación maliciosa, que supone aprovechamiento deliberado de determinada situación, llevada a cabo por el litigante vencedor, mediante actos procesales voluntarios que ocasionan una grave irregularidad procesal y originan indefensión (SSTS de 5 de julio de 1994 (RJ 1994, 6433), 22 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3885) y 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 638)).

Esta Sala tiene, efectivamente, declarado, como ha manifestado el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, que los motivos de revisión deben ser interpretados con criterio restrictivo, pues lo

contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia (SSTS 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1276), procedimiento de revisión n.º 24/2005, 3 de mayo de 2007 (RJ 2007, 2825), procedimiento de revisión n.º 69/2005, 27 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2008), procedimiento de revisión n.º 7/2005). Este principio está sujeto a las matizaciones que impone los supuestos resueltos en cada caso por la jurisprudencia.

Una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia es aquella en que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplaze por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía (STS de 14 mayo 2003 (RJ 2003, 4754), 9 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3104) procedimiento de revisión n.º 4/2005, 6 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5440), procedimiento de revisión n.º 56/2005). Esta causa de revisión ha sido relacionada por la jurisprudencia con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que, según la jurisprudencia constitucional, debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que sólo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber mudado de habitación (artículos 269 y 1576 LEC (LEG 1881, 1)).

Como consecuencia de ello se ha entendido que no cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando existe una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación o, si se trata del emplazamiento de los herederos, cuando resulta posible averiguar la identidad de los sucesores (STS 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 638) procedimiento de revisión n.º 497/1997). En consecuencia, el actor tiene la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente, aunque no cabe exigirle una diligencia extraordinaria (STS 3 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1529) procedimiento de revisión n.º 49/2005).

De no hacerlo así se entiende que el demandante ha incurrido en ocultación maliciosa constitutiva de la maquinación fraudulenta que puede dar lugar a la revisión de la sentencia (STS 16 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9236), procedimiento n.º 378/2000). En suma, la maquinación fraudulenta consistente en la ocultación maliciosa del domicilio del demandado concurre objetivamente no sólo cuando se acredita una intención torticera en quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal indefensión se produjo por causa no imputable al demandado (SSTS 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3677); 10 de mayo de 2006, (RJ 2006, 2350) 14 de junio 2006 (RJ 2006, 3731), 15 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2213), procedimiento de revisión n.º 8/2006).

CUARTO

. - Deber de diligencia en la averiguación de la identidad y del domicilio de los demandados. La aplicación de la doctrina expuesta en el FJ anterior conduce a la procedencia de estimar la demanda por las siguientes razones:

- a) El conocimiento por parte del demandado del domicilio que figuraba en la escritura de opción de compra, derecho que pretendía ejercitar frente a los herederos de la fallecida, y otro domicilio en que la misma había residido, permitía a este mediante el ejercicio de una razonable diligencia hacer averiguaciones sobre las circunstancias del fallecimiento y sobre la identidad de sus herederos.
- b) Este deber de diligencia no recibió el debido cumplimiento. El demandado, al interponer la demanda mediante la que ejercitaba la opción de compra, puso en conocimiento del Juzgado la existencia del dato de los domicilios indicados, pero no justificó haber realizado gestión alguna para averiguar la identidad de los herederos ni interesó el emplazamiento personal en ninguno de ellos, sino que manifestó que ignoraba el domicilio de los demandados

y que le había resultado imposible acreditar el fallecimiento. En contraste con esta omisión, solicitó varias diligencias, como el auxilio de la policía judicial para la averiguación de las circunstancias del fallecimiento y la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad a efectos de la publicidad a terceros. Con ello, determinó que el Juzgado, sin practicar diligencia de averiguación alguna, ordenara el emplazamiento de los demandados por medio de edictos por ser su domicilio desconocido, tras lo cual el demandado presentó un escrito en el que consentía implícitamente esta situación haciendo constar que no podía facilitar más datos que condujesen a determinar el domicilio de los demandados y solicitaba que se acordase la publicación de los edictos en un periódico de tirada nacional.

- c) No puede considerarse que la devolución de un burofax dirigido a la fallecida con anterioridad a la presentación de la demanda al domicilio de la demandante determine que debe imputarse a ésta la falta de conocimiento del procedimiento, pues resulta procedente que el escrito dirigido a una persona física fallecida fuera devuelto a su origen sin consultar su contenido por parte de la Congregación a la que pertenecía, que no era su destinatario. Tampoco esta comunicación agota las posibilidades del actor de practicar nuevas gestiones para conocer las circunstancias del fallecimiento, sino que, al contrario, abona la probabilidad de que dirigiéndose de nuevo a la Congregación pudiera obtener un resultado positivo.
- d) No pueden ser aceptadas las alegaciones de la parte demandada en relación con los efectos derivados de la publicidad de los edictos, de la publicidad registral y del posible incumplimiento de las obligaciones formales tributarias en el marco de la sucesión hereditaria por las razones que han quedado expuestas en el FJ anterior.
- e) Esta Sala no comparte la argumentación expuesta por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista sobre la procedencia de la citación por medio de edictos, pues ésta se halla subordinada al cumplimiento del deber de diligencia por la parte actora en la realización de gestiones para averiguar la identidad y domicilio de los demandados.

QUINTO

- En atención a lo expuesto, debe ser estimada la demanda de revisión interpuesta, adoptando las determinaciones establecidas en el art. 516 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

- 1 Estimamos la demanda de revisión formulada por la representación procesal de la Congregación de las Esclavas del Sagrado Corazón de Jesús, provincia de Aragón, contra D. Casimiro.
- 2 Queda rescindida y sin valor ni efecto alguno la sentencia de 19 de abril de 2007 dictada por Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza, en los autos de juicio ordinario n.º 1218/2006-H, cuyo fallo dice:

«Fallo.

- »1.º Estimo la demanda interpuesta por D. Casimiro.
- »2.º Declaro perfeccionado y ejercitado el derecho de opción de compra por el demandante respecto del edificio sito en la CALLE000 n.º NUM000 de Granada.
- »3.º Condeno a herencia yacente y herederos desconocidos de Dª. Marí Luz a estar y pasar por la anterior declaración.
- »4.º Condeno a dichos demandados a otorgar escritura pública de compraventa del citado edificio, que deberá ser redactada conforme a lo establecido en el contrato de opción de compra de fecha 20 de junio de 1989 en el plazo que se fije, con el apercibimiento que, de no hacerlo, se procederá en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- »5.º Impongo las costas a la parte demandada».

3 Expídase certificación del presente fallo y devuélvanse los autos al Juzgado de que proceden a fin de que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente, en el que habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en esta sentencia.

4 No hacemos pronunciamiento en cuanto a las costas.

5 Devuélvase a la demandante el depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Cuestiones

1. ¿En qué motivo se fundamenta el presente juicio de revisión? ¿Qué otros motivos contempla la LEC?
2. ¿Cuál es el plazo de interposición de la revisión?
3. ¿Qué tribunal es el competente?

Lección 20.ª El proceso de ejecución: Principios y elementos

Noción y naturaleza de la ejecución

- La jurisdicción no se limita a declarar el derecho en el caso concreto, sino que comprende también la ejecución del mismo (art. 117.3 CE).
- La actividad ejecutiva suele ir precedida de un proceso declarativo finalizado con una sentencia estimatoria de la pretensión, siendo necesaria una actividad posterior para acomodar la realidad a lo establecido en la sentencia (la actividad ejecutiva, llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales). Pero también hay muy variados casos en que puede acudir directamente a la ejecución, destacando, entre estas situaciones, las tutelas judiciales privilegiadas.
- Concepto: El proceso de ejecución es aquel en el que partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título.
- Naturaleza: Jurisdiccional, realizándose siempre por el órgano jurisdiccional por medio del proceso.

Principios configuradores

- Carácter sustitutivo: La actividad jurisdiccional ejecutiva es siempre sustitutiva de la conducta que debería realizar el condenado.
- Principios relativos a las partes: Dualidad de posiciones, contradicción e igualdad.
- Principios relativos al proceso: Oportunidad y dispositivo.
- Principios del procedimiento: Escritura y, por tanto, dispersión y mediación.

Elementos personales de la ejecución

- La ejecución es competencia del órgano que hubiere conocido de la primera instancia (competencia funcional).
- Cuando se trata de laudo arbitral: El Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se ha dictado.

- Si lo ejecutado es la resolución judicial que aprueba u homologa una transacción o acuerdo, será juez competente el que dictó esa resolución de aprobación u homologación.
- La Ley 13/2009 lleva a cabo un reparto de actividades entre el juez y el secretario (art. 545).
- Las partes del proceso de ejecución son (art. 538.1 LEC):
 - a) Ejecutante: Quien interpone la pretensión ejecutiva.
 - b) Ejecutado: Frente a quien se interpone la pretensión ejecutiva.
- La legitimación ordinaria viene determinada por el título ejecutivo.
- La ejecución puede instarse por quien aparece como acreedor en el título en contra de quien aparezca como deudor en el título; pero también contra quien, no apareciendo como deudor, responde personalmente de la deuda (por disposición legal o afianzamiento), o contra quien resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede.
- Supuestos especiales:
 - a) La legitimación derivada (art. 540) referida al sucesor, heredero o cesionario.
 - b) La ejecución de bienes gananciales (art. 541).
 - c) Asociaciones o entidades temporales (art. 543).
 - d) Entidades sin personalidad jurídica (art. 544).
 - e) Asociaciones de consumidores y usuarios (art. 519).
- Postulación (art. 539 LEC).
- Un tercero, no siendo parte, puede verse afectado negativamente en una ejecución, poniendo el ordenamiento jurídico diversos instrumentos para su defensa.
- **Objeto de la ejecución:** a) Petición de una cierta actividad jurisdiccional para lograr el cumplimiento de la obligación establecida en el título; b) Causa de pedir: El título ejecutivo.

Caso docente núm. 20

Lectura de artículo doctrinal: MONTERO AROCA, J. (2004): «Problemas generales de la ejecución forzosa», *Estudios de Derecho Judicial*, 53, ejemplar dedicado a «La ejecución civil» coord. por MORENO CATENA, V. M., págs. 25-84.

Cuestiones

1. ¿Cuáles son, al entender del Prof. Montero Aroca, los principales problemas que se plantean en la ejecución forzosa?
2. ¿Qué posibles soluciones se apuntan para tales problemas?

Lección 21.^a El título ejecutivo

- La importancia del título ejecutivo se explica con el brocardo *nulla executio sine titulo*.
- El título ejecutivo se integra por un acto jurídico y un documento en el que consta este, siendo el documento lo esencial, en tanto que determinará el contenido de lo que el ejecutante puede pedir.
- El art. 517 establece las clases de títulos ejecutivos. Sólo llevan aparejada ejecución los títulos que la ley dispone:
 - a) Títulos judiciales o equiparados.
 - b) Títulos no judiciales o contractuales.
- **Títulos judiciales o equiparados:** Resoluciones calificadas legalmente como títulos ejecutivos dictadas por un tribunal español, aquellos otros títulos que la ley asimila a las resoluciones judiciales y las dictadas por tribunales o árbitros extranjeros.
- Documentan todo tipo de obligaciones (dinerarias, no dinerarias) y todo tipo de prestaciones.
- La oposición del deudor está muy limitada.
- En concreto se reconocen como tales:
 - La sentencia firme de condena.
 - El laudo o resolución arbitral firme.
 - Las resoluciones judiciales de aprobación u homologación de transacciones judiciales o de acuerdos logrados en el proceso (en la audiencia previa).
 - El auto de cuantía máxima.
 - Las demás resoluciones judiciales que, por disposición legal, lleven aparejada ejecución.
- **Títulos no judiciales o contractuales:** Actos jurídicos documentados con tales garantías que la ley les otorga fuerza ejecutiva.
- Sólo pueden documentar obligaciones dinerarias con los requisitos del art. 520: De cantidad determinada, superior a 300 euros en dinero efectivo, moneda extranjera convertible o cosa o especie computable en dinero.
- En concreto, y dentro de las condiciones legalmente establecidas, se reconoce como tales:
 - La escritura pública.
 - Las pólizas de contratos mercantiles.
 - Las obligaciones y cupones vencidos.

- Las anotaciones en cuenta.
 - Otros documentos que, por disposición legal, lleven aparejada ejecución.
-
- La **sentencia extranjera** es título ejecutivo previo examen de la concurrencia de los requisitos elementales para ello, realizado por los tribunales (*exequátur*) (arts. 951-958 LEC/1881).
 - En el ámbito de la Unión Europea debe atenderse al Reglamento CE núm. 805/2004, que establece un título ejecutivo europeo.
 - El **laudo extranjero** es ejecutable en los términos del art. 46 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, así como los numerosos tratados multilaterales, particularmente el Convenio de Ginebra de 1961 y el de Nueva York de 1958.
 - Supuesto especial es el de homologación de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado: el art. VI, 2, del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede, de 3 de enero de 1979; el art. 80 del Código Civil; y el art. 778 LEC, que se refiere al procedimiento de exequátur.

Caso docente núm. 21. Título ejecutivo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 7) núm. 271/2003, de 17 de septiembre)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 7) núm. 271/2003 de 17 de septiembre
Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 315/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Luna.

JUICIO EJECUTIVO: NULIDAD: título sin fuerza ejecutiva: improcedencia: certificado extendido por el corredor de comercio que se refiere a la fecha de extensión de la póliza y su vencimiento, depositado en el Colegio y en el libro-registro del corredor que la extiende; contrato de préstamo: la obligación es líquida por naturaleza desde su perfección; no es exigible la liquidación prevista en el art. 1435 LECIV/1881 ni la notificación del saldo exigible: notificación mediante telegrama; fusión de entidades y cesión de créditos: no supone ninguna irregularidad la no comunicación de tal fusión al deudor, EXCEPCIONES: prescripción: improcedencia: contrato de préstamo: carácter unitario de la prestación a pesar de pactarse su abono fraccionado para facilitar el cumplimiento: aplicación del art. 1964 CC; pluspetición: improcedencia: falta de acreditación de intereses excesivos: ausencia de oscuridad en la forma de describir los intereses moratorios a aplicar por la entidad crediticia.

La Audiencia Provincial de Cádiz **declara no haber lugar** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de fecha 13-05-2002 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Algeciras.

En la ciudad de Algeciras, a diecisiete de septiembre de dos mil tres.

Visto por esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Algeciras, integrada por los Magistrados antes citados, el rollo de apelación de referencia, dimanante del Procedimiento igualmente referenciado; y pendiendo en esta Sala recurso de apelación formulado por Don Antonio y Doña Estíbaliz, representados por la Procuradora Sra. García Hormigo; Don Mariano y Doña Sonia, representados por la Procuradora Sra. Torres Saavedra y Don Víctor Manuel y Doña Begoña, representados por el Procurador Sr. Ramírez Martín, contra la Sentencia de fecha 13 de mayo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia antes referenciado; siendo parte recurrida Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba –CAJASUR–, representado por el Procurador Sr. Ramos Burgos; y habiendo sido designado ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Manuel Gutiérrez Luna, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Se aceptan y dan por reproducidos los de la Sentencia impugnada.

SEGUNDO El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó Sentencia en la fecha antes citada, cuyo fallo dice lo siguiente:

«Que mando seguir adelante la ejecución despachada contra los bienes de Don Mariano, Doña Sonia, Don Antonio, Doña Estíbaliz, Don Víctor Manuel y Doña Begoña, a instancia de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba –CAJASUR–, hasta hacer trance y remate de los mismos, y con su producto, entero y cumplido pago al actor de la cantidad de cuarenta y un mil trescientos veintiséis euros con sesenta y siete céntimos, más el interés del 22,75 por ciento desde la interposición de la demanda y costas causadas».

TERCERO Contra dicha Sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Don Antonio y Doña Estíbaliz, Don Mariano y Doña Sonia y Don Víctor Manuel y Doña Begoña; admitido a trámite el recurso, y conferidos los preceptivos traslados, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial. Formado el rollo y designado ponente, se señaló día para la votación y fallo, quedando el recurso visto para Sentencia.

CUARTO En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Que, la Sentencia de instancia manda seguir adelante la ejecución despachada frente a los ejecutados, desestimando las excepciones opuestas por éstos de nulidad de juicio, prescripción de la acción ejercitada y plus petición, al considerar que no se dan los respectivos requisitos para su apreciación.

Que, por los recurrentes Sres. Antonio y Estíbaliz, si bien se presentó escrito interesando la preparación del recurso de apelación, en cambio no se llegó a formular la misma, por lo que, conforme al art. 458.2 de la vigente LECIV (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), procede declararlo desierto y firme la Sentencia respecto a los mismos.

Que, por Don Víctor Manuel y Doña Begoña, se interpone recurso de apelación que basan en los siguientes motivos: a) carencia de fuerza ejecutiva del título aportado, por defectos extrínsecos del mismo; b) la falta de liquidez de la cantidad por la que se despachó la ejecución, y c) Incumplimiento de la obligación de notificación al fiador del saldo exigible.

Que, por Don Mariano y Doña Sonia, se basa el recurso presentado en los siguientes motivos: a) Nulidad del requerimiento previo, al no contener los requisitos del art. 1435 de la LECIV de 1881 (LEG 1881\ 1) ; b) prescripción de la acción ejecutiva y c) Plus petición.

SEGUNDO Motivos de recurso de Don Víctor Manuel y Doña Begoña:

Primer motivo: Carencia de fuerza ejecutiva del título aportado.

Basan los recurrentes este motivo del recurso en el hecho de que el título que sirve de base a la ejecución despachada, adolece del requisito de expresar el Corredor de Comercio, la fecha de los asientos en el libro registro.

Que, mientras es indiscutible que las pólizas de apertura de crédito en cuenta corriente, o las de apertura de crédito para la negociación de efectos mercantiles, contienen contratos que, recogidos en aquel instrumento, se constituyen en títulos ejecutivos siempre que hayan sido intervenidos por Corredor Colegiado de Comercio y además se acompañe el certificado en que tal fedatario acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos –art. 1429.6 de la LECIV de 1881 (LEG 1881\1), aplicable al caso–, la tendencia jurisprudencial cuando se trata de pólizas en las que se recoge un simple contrato de préstamo de dinero es la de considerar que estos títulos ejecutivos en las condiciones del art. 1429.6 de la LECIV, no necesitan del documento fehaciente, por tratarse de deudas líquidas desde un principio, pues bastan simples cálculos para conocer lo que en cada momento se debe.

No obstante ello, analizada la certificación extendida por el Corredor Colegiado de Comercio y que figura al folio 8 de las actuaciones, de fecha 1 de diciembre de 1998, se dice textualmente «... encontrando dicha póliza conforme con el asiento relativo a la misma, que aparece en el Libro-registro del citado Corredor, depositado en este Colegio con la misma fecha...». Evidentemente, la fecha la refleja al principio de la certificación, al decir que «... he examinado la póliza de préstamo extendida con fecha 19 de febrero de 1991, y vencimiento 19 de febrero de 1995, por pesetas tres millones...». Es claro que, el certificado extendido por el Corredor

de Comercio, se refiere a la fecha de extensión de la póliza y su vencimiento, depositado en el Colegio, en el libro-registro del corredor que la extiende.

Por consiguiente, la póliza reúne los requisitos del art. 1429.6º de la LECIV anterior, por lo que, procede desestimar el motivo.

Segundo motivo: Falta de liquidez de la cantidad por la que se despachó la ejecución. Mantienen los recurrentes que la cantidad por la que se despachó la ejecución no es líquida, toda vez que el Corredor de Comercio en la certificación que extiende no comprueba que la liquidación se ha efectuado en la forma pactada ni que el saldo coincide con la cuenta abierta por el deudor.

Que, por la entidad actora se ha acreditado documentalmente -documental nº 3- que se concertó un contrato de préstamo de carácter mercantil, y que se abonó su importe y número de cuenta donde debería abonarse.

Que, en cuanto a la falta de liquidez que se esgrime, en casos como el presente en que el título en que se funda la demanda ejecutiva es una póliza de préstamo intervenida por Corredor de Comercio, no cabe estimar que la deuda sea ilíquida, ya que nos hallamos ante un contrato de simple préstamo, en el que la obligación es líquida por naturaleza desde su perfección, siendo necesario distinguir entre los contratos de préstamo y los de crédito en cuenta corriente, por cuanto en los primeros la suma adeudada está determinada desde su perfección, sin que a ello obste que se haya amortizado una parte de aquel, pudiendo la cantidad pendiente ser liquidada por la acreedora mediante una simple operación aritmética, mientras que en los segundos es precisa su liquidación para conocer la suma adeudada.

Mientras es indiscutible que las pólizas de apertura de crédito en cuenta corriente, o las de apertura de crédito para la negociación de efectos mercantiles, contienen contratos que, recogidos en aquel instrumento, e constituyen en título ejecutivos siempre que hayan sido intervenidos por Corredor Colegiado de Comercio y además se acompañe el certificado en que tal fedatario acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos -art. 1429.6 de la anterior LECIV (LEG 1881\ 1)- pero que en cambio carecen del requisito de liquidez en tanto no se cumplimente la exigencia del párrafo 4º del art. 1435 de la misma LECIV, la tendencia, cuando se trata de pólizas en que se recoge un contrato de préstamo de dinero es la de considerar que estos títulos, ejecutivos en las condiciones el artículo 1429.6, no necesitan del documento fehaciente por tratarse de deudas líquidas desde un principio, pues bastan simples cálculos para conocer lo que en cada momento se debe.

No obstante ello, los documentos aportados por la actora -documento nº 5, en su dorso-, se acredita de forma fehaciente la cantidad debida mediante certificación extendida por el Corredor Colegiado de Comercio; procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

Tercer motivo: Incumplimiento de la obligación de notificación al deudor del saldo exigible. Basan los recurrentes este motivo del recurso, en el hecho de que, por la actora se ha incumplido la obligación de notificación contenida en el artículo 1435 LECIV de 1881 (LEG 1881\ 1), de notificación al deudor del saldo exigible, toda vez que se acordó en la cláusula 6ª, apartado 2º del contrato de préstamo que se aceptaba como medio de comunicación el de carta certificada, y se ha hecho en el caso presente mediante telegrama.

Que, para la ejecutividad de la póliza de préstamo no es exigible la liquidación prevenida por el artículo 1435 LECIV 1881, dado que en ellas la fijación de la cantidad adeudada depende de un simple cálculo aritmético; en el contrato de préstamo, una vez perfeccionado por la entrega del capital, la cantidad debida es siempre, y por definición, líquida. Por tanto, desde el punto de vista legal no es necesaria la notificación del saldo en los contratos de esta naturaleza, al no existir pacto de disponibilidad ni, por consiguiente, cuenta corriente donde deba anotar sucesivas

disposiciones y reintegros, con unas simples operaciones aritméticas, circunstancia esta que evita cumplir la previa notificación referida en el párrafo 5º de dicho precepto, ya que ésta sólo es exigible cuando aquel procedimiento de fijación del saldo sea obligatorio legalmente. Esta doctrina es reconocida de manera reiterada por las Audiencias provinciales, entre las que podemos citar la SAP de Albacete, de 24 de febrero de 1987; SAP de Cuenca, de 6 de mayo de 1994; SAP de Granada, de 30 de diciembre de 1987; SSAP de Madrid, de 1 de marzo de 1993 (AC 1993\ 382) y 22 de marzo de 1996 (AC 1996\ 572).

Que, no obstante ello, en el caso presente se ha efectuado la notificación, mediante telegrama remitido a los hoy apelantes, discrepándose por éstos que debió ser en vez de tal medio, por carta certificada, remitiéndose a lo acordado en la cláusula 6ª.2 del contrato de préstamo.

Que, el objeto de la notificación es poner en conocimiento del destinatario un hecho, una declaración de voluntad ajena o una resolución judicial, pero sin que se pretenda recabar la conformidad del destinatario. En el caso de autos, se cumplió la notificación aludida, si bien se llevó a cabo por telegrama. Que, la cláusula 6ª.2º del contrato en cuestión, no excluye los diversos medios de comunicación, siendo lo importante el que se produzca la misma, al haberse pactado, que en lugar de carta certificada, una de los medios se llevase a cabo por telegrama, indica que los destinatarios hoy recurrentes tuvieron conocimiento de la intención de la actora; por lo que, igualmente procede desestimar este motivo del recurso.

TERCERO Motivos del recurso de Don Mariano y Doña Sonia.

Primer motivo: Nulidad de la notificación previa, por no contener los requisitos del artículo 1435 de la LECIV de 1881 (LEG 1881\ 1).

Que, la base de este motivo del recurso se sustenta en el hecho de que, en la notificación previa recibida por los hoy recurrentes, se efectuó mediante telegrama dirigido por la entidad CAJASUR, desconociendo quién fuera dicha entidad, ya que concertaron el préstamo con «Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba», desconociendo que la misma se había fusionado con la entidad «Caja Provincial de Ahorros de Córdoba», y dando como resultado la entidad CAJASUR.

Que, a partir de la Sentencia del tribunal Supremo de 23 de junio de 1983 (RJ 1983\ 3682), la transferencia de créditos mercantiles es perfectamente válida y eficaz transmitiendo el cesionario al cedente todos sus derechos en los términos previstos en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio (LEG 1885\ 21), lo que pone de manifiesto la innecesidad de contar con el consentimiento del deudor cedido, ya que, como con insistencia señala la doctrina jurisprudencial –SSTS de 11 de octubre de 1993, 23 de octubre de 1994 (sic) y 19 de febrero (RJ 1993\ 997) y 9 de julio de 1993 (RJ 1993\ 6001)–, el contrato de cesión de crédito, como tal negocio bilateral, vincula principalmente a los sujetos cedente y cesionario, de manera que el deudor cedido, como no es parte en el negocio de cesión, no tiene que manifestar ningún consentimiento al mismo, deduciéndose de ello que el efecto reflejo o la repercusión que el referido negocio produce sobre el deudor se refiere exclusivamente a la observancia de ciertas reglas que inciden sobre las consecuencias jurídicas del pago que efectúa el deudor, y así, conforme a lo dispuesto en el Código Civil (LEG 1889\ 27), si el deudor que no tiene conocimiento de la cesión satisface la prestación al primitivo acreedor cedente, queda libre de su obligación y nada podría reclamar el nuevo acreedor cesionario –art. 1527 CC–, pero sí, por el contrario, el cedido tiene conocimiento de la cesión, sólo quedaría liberado de la obligación si paga al cesionario.

En consecuencia, el hecho de que se haya producido la fusión de las entidades citadas y la cesión de los créditos pendientes a la nueva entidad nacida de tal fusión, no supone ninguna irregularidad la no comunicación de tal fusión al deudor, en los términos ya analizados; por lo que, debe decaer el motivo del recurso.

Segundo motivo del recurso: Prescripción de la acción ejecutiva.

Basan los recurrentes este motivo del recurso en el hecho de que, la acción ejecutiva ha prescrito, ya que, debe ser de aplicación el plazo quinquenal del artículo 1966 del Código Civil, tanto del principal como de los intereses, debiendo computarse el diez «a quo», desde el momento en que se incumplió la obligación por vez primera del abono de la cuota mensual, en 19 de septiembre de 1991, y al haberse interpuesto la demanda en 20 de diciembre de 1998, prescribió la acción.

Que, en el contrato de préstamo, nos encontramos con una obligación que es el capital, que es única y que asciende a la suma de tres millones de pesetas. Se trata de una prestación unitaria, a pesar de pactarse su abono fraccionado para facilitar el cumplimiento. El dato de que se fraccione en cuotas periódicas comprensivas de capital e intereses remuneratorios nada nuevo añade al carácter unitario de la prestación que sigue siendo la cantidad de tres millones. El fraccionamiento, reiteramos, se hace para facilitar su pago al deudor. Y consecuentemente, no puede aplicarse la regla tercera del artículo 1966 del Código Civil, ya que a pesar de la división y multiplicación, la obligación unitaria –capital sigue siendo la misma. El plazo, pues, para el ejercicio de la acción derivada de la reintegración de la suma prestada queda sujeta al general establecido en el art. 1964 cc, es decir, el de quince años, que no han transcurrido en los presentes autos.

Que, en cuanto a los intereses remuneratorios o compensatorios que se devengan como retribución o rendimiento a la entrega del capital por plazo determinado, se trata de pagos periódicos, en el caso de autos, de vencimientos mensuales, cuyo nacimiento surge de la entrega del capital, que unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente su obligación de abono, siendo su importe resultado de una simple operación aritmética que resulta de aplicar el rédito al capital entregado dividido por el tiempo transcurrido. Se reúnen los requisitos para deducir que nos encontramos ante pagos periódicos, inicialmente fijados en el contrato, y cuya reclamación cuando no se ejercita la acción dentro del lapso temporal de cinco años comporta la presunción de abandono que caracteriza la acción.

Cumplen los intereses moratorios una función económica distinta, pues como señala la jurisprudencia –SSTS de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991\ 2219), 13 de abril de 1992 (RJ 1992\ 3100), 17 de marzo de 1994 (RJ 1994\ 1989), entre otras–, se trata de indemnizaciones por retraso y cuya estipulación, para el caso de incumplimiento, anuncian un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía de un 3,75% sobre los remuneratorios, sin que se haya fraccionado el pago, sino que su día inicial será el de la fecha de vencimiento de la obligación y el final el del pago, si bien para su cálculo se dividen en períodos fraccionados.

En la cuestión examinada, hemos de añadir que un estudio de la jurisprudencia, también ratifica las anteriores posiciones. Las tesis prescriptivas se apoyan en una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1918, que no se refería al tema debatido, sino que declaró su inaplicabilidad a las reclamaciones de las cantidades devengadas en concepto de pena convencional. Y posteriormente, las resoluciones que han admitido su aplicación a los intereses lo han declarado sólo respecto a los remuneratorios, expresamente así claramente en las SSTS de 14 de marzo de 1964 (RJ 1964\ 1594) y 17 de marzo 1994 (RJ 1994\ 1989).

Que, desde el momento en que se incumplió la obligación de pago de las cantidades estipuladas, en 28 de diciembre de 1993, hasta el cierre y extensión de la certificación intervenida por Corredor de Comercio en 1 de diciembre de 1998, no llegaron a transcurrir los cinco años, por lo que no cabe hablar de prescripción, procediendo la desestimación del motivo del recurso.

Tercer motivo: Plus petición.

Se razona por los recurrentes que se realiza un uso antisocial del derecho por la entidad demandante, al reclamarse unos intereses excesivos.

Que, es cierto que la doctrina moderna y la jurisprudencia, con acierto encomiable definen las cláusulas abusivas como aquellas que unilateralmente se hacen figurar en los contratos de adhesión, y que los consumidores, ni han tenido intervención directa en su redacción y establecimiento, ni en la mayoría de los casos se les ha permitido su modificación, siendo notoriamente abusivas para sus intereses.

La Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984\ 1906) , se refiere a este tipo de cláusulas en su art. 10, exigiendo buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, figurando a continuación una serie de exclusiones entre las que cabe destacar las de los números 3º y 10º del párrafo c) y las normas de los incisos 2º y 4º, referidos precisamente a los contratos de adhesión.

A esta legislación interna resulta obligado añadir el contenido de la Directiva Comunitaria número 93/13, de 5 de abril de 1993 (LCEUR 1993\ 1071) , que define y sanciona de ineficacia las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios.

En el art. 3º de la misma se definen las cláusulas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuya haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido».

Lo que es claro -art. 10 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios- es que no caben remisiones genéricas a tarifas; que la claridad y sencillez y posibilidad de comprensión han de predominar, además que se han de indicar los tipos de interés aplicable, y los demás requisitos exigidos, Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 (RCL 1989\ 2700), Circular del Banco de España 8/1990 (RCL 1990\ 1944) , art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito (RCL 1988\ 1656 y RCL 1989, 1782), etc. Teniendo en cuenta que los Bancos no pueden tomar como referencia para modificar el tipo de interés pactados las fijadas por la propia entidad u otras de su grupo, prohibiéndose la remisión genérica a tarifas, tampoco caben las cláusulas abusivas, no equitativas o desequilibradoras, ya que el pacto de liquidez ha de respetar -STC 14/1992, de 20 de febrero (RTC 1992\ 14)- el art. 10 de la Ley General citada, el saldo bancario.

Pero es que en el caso en debate no se ha producido ni falta de equivalencia de intereses ni oscuridad en la forma de describir los intereses moratorios a aplicar por la entidad crediticia, ni hay indicios de intereses excesivos en la reclamación litigiosa, por lo que, procede desestimar el motivo del recurso y la confirmación de la Sentencia impugnada.

CUARTO Que, dada la desestimación del recurso de apelación, procede la imposición de las costas de esta alzada a los recurrentes, conforme a los arts. 394 y 398 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Mariano y Doña Sonia y la de Don Víctor Manuel y Doña Begoña, contra la Sentencia de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, imponiendo a los apelantes las costas procesales de esta alzada.

Devuélvase a su debido tiempo los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y únase otro testimonio al rollo de la Sala.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por su ponente, el Ilmo. Sr. Manuel Gutiérrez Luna, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que doy fe.

Cuestiones

1. ¿Ante qué tipo de oposición nos encontramos en este caso?
2. ¿Cuáles son los motivos en que el ejecutado basa dicha oposición?
3. ¿En qué sentido se plantean dudas respecto a si estamos o no ante un título ejecutivo?
4. Explique los motivos del tribunal para desestimar la oposición.

Lección 22.^a Ejecución de sentencias no firmes

- Elementos de la ejecución provisional: *a)* Solo cabe respecto a sentencias; *b)* Que se han pronunciado sobre el fondo del asunto; *c)* Estimatorias, en parte, de la pretensión; *d)* De condena; y *e)* Contra las que se ha planteado un recurso.
- Su efectividad está condicionada a que la sentencia recurrida y ejecutada provisionalmente no sea revocada por la sentencia dictada en el recurso.
- Regla general: Todas las sentencias de condena son títulos ejecutivos susceptibles de ejecución provisional, excluyendo expresamente: las sentencias meramente declarativas y constitutivas; las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos (si bien, sí son ejecutables los pronunciamientos de condena y patrimoniales de las mismas); las sentencias que condenan a emitir declaraciones de voluntad; las que declaran la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial; los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Las sentencias extranjeras no firmes no se ejecutarán provisionalmente, salvo que así lo disponga expresamente el tratado correspondiente (el Reglamento de Bruselas I admite el reconocimiento y ejecución provisional de las sentencias no firmes, si bien con algunas cautelas).
- La competencia corresponde al tribunal que fue competente para conocer de la primera instancia (art. 524.1).
- La legitimación corresponde a «quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia» (art. 526), lo que es también aplicable a las sentencias dictadas en segunda instancia, dado lo dispuesto en el art. 535.1.
- La ejecución provisional no depende de la constitución de caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que se pudieran derivar de la misma.
- La ejecución provisional se produce a instancia de parte mediante la interposición de la **demanda ejecutiva**, regulada en el art. 549.
- La ejecución podrá solicitarse:
 - a)* Si se trata de la sentencia de primera instancia, desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso.

- b)* En la ejecución de las sentencias de segunda instancia, la ejecución puede solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la resolución que tenga por preparado el recurso de infracción procesal o el de casación (art. 535.2). En tal caso, deberá presentarse certificación o testimonio de la sentencia cuya ejecución provisional se pretenda.
- Si concurren los presupuestos y requisitos procesales, el tribunal dictará, sin oír al ejecutado, **auto despachando ejecución** (art. 553). Contra el auto denegatorio cabe recurso de apelación.

Oposición a la ejecución provisional

- Procedimentalmente sencilla y con respeto al principio de contradicción.
- Procediendo en virtud de las causas legalmente fijadas: art. 528.2 (oposición al conjunto de la ejecución) y 528.3 (oposición a actuaciones ejecutivas concretas).

Revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente

- El riesgo de la ejecución provisional radica en que la sentencia ejecutada provisionalmente sea revocada por el tribunal que ha conocido del recurso: *a)* Si la condena era dineraria, se devolverá la cantidad percibida (total o parcialmente); *b)* Si la condena era no dineraria, se restituirá el bien al ejecutado, más las rentas, frutos o productos o el valor pecuniario de la utilización del bien (no siendo posible, se procederá a la correspondiente indemnización); tratándose de una condena a hacer, se procederá a deshacer lo realizado y a la indemnización correspondiente; cuando se tratara de un no hace, sólo cabe la indemnización.

Caso docente núm. 22. Ejecución provisional (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de diciembre de 2002, AC\2003\393)

Fecha: 24/12/2002
Publicación: 24/12/2002
Jurisdicción: Civil
Ponente: MODESTO DE BUSTOS GOMEZ RICO
Origen: Audiencia Provincial de Madrid
Tipo Resolución: Auto
Sección: Decimotercera
Texto

Encabezamiento

En Madrid, a veinticuatro de Diciembre de dos mil dos.

La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de ejecución provisional, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 14, de Madrid, seguidos a instancia de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

Antecedentes de Hecho

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid, en fecha 9 de abril de 2002, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: « ACUERDO: Desestimar el recurso de reposición, interpuesto por el Procurador D. JOSE PEDRO VILA RODRÍGUEZ, en nombre de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, SA. contra el Auto de fecha 20 de marzo de 2002, el cual se confirma en todas sus partes, siguiendo los autos su curso ».

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA., que fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día 19 de diciembre de 2002.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- No se acepta la fundamentación jurídica de la resolución apelada.

SEGUNDO.- Los antecedentes del presente recurso son los siguientes:

a) En el juicio de menor cuantía nº 1126/94 seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Madrid a instancia de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA. contra Decalesa, SL., dicho órgano judicial dictó sentencia el 6 de septiembre de 1995 con los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Declaro resueltos los contratos de arrendamiento de 22 de enero y 22 de abril de 1993, sobre las estaciones de servicio nº 15198 y 5365 de CASAS DE FERNANDO ALONSO e INIESTA de Cuenca, respectivamente, por incumplimiento contractual, tanto en lo relativo al pago de la renta, como en lo relativo a la exclusiva de abastecimiento.
- 2.- Condeno a la demandada al pago de 33.043.833 pts.
- 3.- Se condena igualmente a la demandada al pago de la indemnización que se fijará en ejecución de sentencia conforme las bases de liquidación establecidas en esta resolución.
- 4.- Condeno a la demandada a dejar libre y a disposición del actor las citadas estaciones de servicio dentro de plazo legal.
- 5.- Las costas se imponen expresamente a la demandada

b) La mencionada sentencia fue recurrida en apelación por Decalesa, SL., lo que dio lugar a que en esta Sección se siguiera el Rollo de apelación nº 962/95, en el que se dictó el 10 de febrero de 1997 sentencia por la que, desestimando el recurso, se confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

Esta sentencia fue recurrida, a su vez, en casación

c) Repsol solicitó el 28 de septiembre de 1995 la ejecución provisional (parcial) del pronunciamiento condenatorio segundo (pago de la cantidad de 33.043.833 pts) de la sentencia, lo que fue proveído por el Juzgado el 3 de octubre de 1995 –folios 92 al 96. Con posterioridad, el 8 de marzo de 2002, al amparo de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2000, de 7 de enero, la misma parte solicitó la ejecución provisional de los pronunciamientos 3º y 4º (pago de la indemnización y devolución de las estaciones de servicio números 15.198 y 5.365, conforme a la resolución de los contratos de arrendamiento de 22 de enero y 22 de abril de 1993 declarada en el pronunciamiento 1º).

y d) La Il. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia dictó auto el 20 de marzo de 2000 por el que, al considerar el pronunciamiento 3º de carácter declarativo e ilíquido el 4º, no estimaba procedente el despacho de la ejecución provisional solicitada. Contra este auto formuló la demandante recurso de reposición, el cual fue desestimado por el auto de 9 de abril de 1992, que es el que ahora se recurre en apelación.

TERCERO.- Como ya tenemos dicho en nuestro auto de 26 de diciembre de 2001 (Rollo nº 261/01), una de las principales innovaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, la constituye la ejecución provisional de las resoluciones judiciales (Libro Tercero, Título II, Capítulo I, II y III), la cual se asienta en los siguientes principios:

a) El criterio general es el de la ejecución provisional de todas las sentencias no firmes (artículo 535) con la sola excepción de aquellas a las que la ley expresamente priva de tal efecto, la cual solo queda subordinada a la rogación de la parte (artículo 524) y sometida a la condición resolutoria de que el Tribunal Superior no revoque o case la sentencia recurrida

- b) El despacho de la ejecución provisional, una vez solicitada por la parte favorecida por la sentencia, no es potestativo para el tribunal sino obligado, salvo que concurra alguno de los supuestos de exclusión legal o que aquella no contenga pronunciamiento de condena –artículos 526 y 527-3.
- c) La ejecución provisional puede pedirse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, hasta que la sentencia gane firmeza –artículo 524.2, 527-1 y 535.
- d) El Tribunal competente ante el que se debe solicitar es el que conoció del asunto en primera instancia –artículos 524-2 y 535-2.
- e) No son susceptibles de ejecución las sentencias meramente declarativas ni las constitutivas –artículo 521-1–, las comprendidas en el artículo 525 y las dictadas en rebeldía mientras no transcurran los plazos indicados por la Ley para ejercitar la acción de rescisión, respecto de las que solo procede la anotación preventiva cuando dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos –artículo 524-4.
- f) No es necesario prestar fianza ni ofrecer caución alguna por el solicitante, aunque al ejecutado le cabe oponerse a la ejecución en los casos previstos en la ley. Esta se despacha bajo al responsabilidad del actor ejecutante
- g) La oposición a la ejecución provisional, fuera del supuesto en que se hubiera infringido cuanto dispone el artículo 527, presenta caracteres y contenido diverso según fuese la sentencia de condena no dineraria, que solo prosperará cuando resultase imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado, o de condena dineraria, en cuyo caso, sin que el legislador distinga entre liquidez o iliquidez de la condena, al ejecutado no le está permitido oponerse a la ejecución provisional en su conjunto, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas siempre que estas provocasen una situación absolutamente imposible de restaurar o compensar económicamente y, al mismo tiempo, indicase medios o actuaciones ejecutivas viables y ofreciese caución suficiente para responder de la demora en la ejecución. Asimismo, dada la remisión del artículo 524-2 a la ejecución ordinaria, también deben admitirse aquellos motivos de oposición sustantivos fundados en el artículo 556 (pago, cumplimiento, caducidad de la acción y transacción) o procesales en el artículo 559.
- Y h) La ejecución provisional se llevará a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria, gozando las partes de los mismos derechos y facultades procesales que en ésta, que, por tanto, es de aplicación subsidiaria –artículo 524.2 y 3.

A tenor de lo expuesto, como se argumenta en el recurso, ni el pronunciamiento 4º de la sentencia es meramente declarativo, naturaleza que, efectivamente impediría su ejecución según el artículo 521-1, al contener una clara condena a hacer (dejar libre y a disposición de la actora) admitida por los artículos 528-2, 2ª y 529-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no queda desvirtuada por el hecho de que se asiente en la previa declaración resolutoria de un contrato de arrendamiento; ni la circunstancia de que la condena al pago de una indemnización contenida en el pronunciamiento 3º sea transitoriamente ilíquida constituya un obstáculo para proceder a su ejecución provisional, por no ser la liquidez un presupuesto del derecho solicitado según los literales términos de los artículos 524, 526 y 528, entre otros, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo teniendo en cuenta la remisión que efectúa el primero de ellos a las normas de la ejecución ordinaria, sin perjuicio, claro está, del derecho correlativo de la demandada a oponerse en los términos y supuestos que prevén los artículos 528 y siguientes de la misma Ley.

En definitiva, se estima el recurso y se da lugar a la ejecución provisional solicitada.

CUARTO.- No se hace imposición de las costas causadas por el recurso. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallo

LA SALA ACUERDA: Estimar el recurso de apelación interpuesto por Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA. contra el auto dictado el 9 de abril de 2000 por la Iltma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de los de esta Capital y, dejando sin efecto y reponiendo el auto de 20 de marzo de 2002, acceder a la ejecución provisional parcial (pronunciamientos 3º y 4º) de la sentencia dictada por dicho Juzgado el 6 de septiembre de 1995, sin hacer imposición de las costas causadas por el recurso.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, Nº 319/02, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Cuestiones

1. A tenor de la sentencia, ¿qué principios informan la ejecución provisional?
2. ¿Qué resoluciones no son susceptibles de ejecución provisional?
3. ¿Qué caracteriza a la oposición en la ejecución provisional?

Lección 23.^a La ejecución definitiva

- La LEC establece un sistema único de ejecución, cuyo inicio viene marcado por el principio dispositivo, siendo necesaria la instancia de parte.

La demanda ejecutiva

- La demanda ejecutiva se regula en el art. 549, distinguiendo entre los requisitos generales (estableciendo una diferencia entre los casos en que el título sea judicial o no) y los documentos que deben acompañarla (art. 550 y 273).

Despacho de la ejecución

- La decisión de despacho de la ejecución se toma *inaudita parte*, examinándose la regularidad formal de la demanda y del título, así como si los actos de ejecución que se solicitan son conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551).
- El despacho de la ejecución se decreta por medio de auto, siendo apelable el auto que la deniega.
- El contenido del auto despachando la ejecución se regula en el art. 553.
- Una vez despachada la ejecución, el secretario judicial dictará **decreto de concreción** (susceptible de revisión directa ante el tribunal que despachó ejecución) en el que se establecerán las medidas ejecutivas concretas que resulten procedentes (incluso los bienes concretos a embargar, de ser posible), las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado y el contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor, cuando procede legalmente.
- Tanto el auto despachando la ejecución como el decreto de concreción deben comunicarse al ejecutado, notificándosele la existencia del proceso de ejecución (art. 554).

Oposición a la ejecución

- La **oposición al conjunto de la ejecución**, con la intención de poner fin a la misma, puede basarse en defectos procesales o motivos de fondo, y tiene una tramitación sencilla.

- La oposición por motivos procesales (art. 599) se refiere a presupuestos y requisitos procesales.
- La oposición por motivos de fondo es diferente según se trate de títulos judiciales o extrajudiciales:
 - a) Cuando el título es una resolución judicial o asimilada, se pueden alegar únicamente los motivos del art. 556. No obstante se ha de tener en cuenta que la oposición –por la existencia de un proceso declarativo previo– se encuentra muy limitada.
 - b) Cuando el título es no judicial, la oposición puede basarse en los motivos del art. 557.
- La oposición por motivos de fondo se configura como un incidente declarativo de naturaleza sumaria (art. 560), siendo posible acumular la oposición por defectos procesales y por motivos de fondo.
- La **oposición a actos ejecutivos concretos**, con la intención de modificar o anular ciertas actuaciones ejecutivas concretas, puede basarse en infracción de norma procedimental o procesal reguladoras, del proceso de ejecución, o en infracción del título ejecutivo.
 - a) La oposición basada en infracción de norma procedimental o procesal se articula mediante: recurso de reposición y, en su caso, apelación; y la vía excepcional de la nulidad de actuaciones.
 - b) La oposición basada en infracción del título ejecutivo parte de la idea de que la ejecución debe amoldarse al título, no pudiéndose desconocer lo que en el mismo conste (art. 563). La vía para hacerse valer es reposición y apelación, pudiendo instarse la suspensión de la actividad impugnada previa prestación de caución para responder de los daños y perjuicios.

Suspensión de la ejecución

- La ejecución sólo puede suspenderse en los casos expresamente previstos (art. 565.1).
- La ley prevé tres supuestos especiales: cuando se encuentra pendiente una demanda de revisión o de rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía (art. 566); en situaciones concursales (art. 568); y en casos de prejudicialidad penal (art. 569).

Caso docente núm. 23. Oposición a la ejecución (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de octubre de 2004)

SENTENCIA

La Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid declara de oficio la nulidad del Decreto, de fecha 30-01-2004, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de dicha localidad en autos de ejecución de sentencia de separación contenciosa.

En Madrid, a uno de octubre de dos mil cuatro.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de ejecución de sentencia de separación núm. 185/98, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Madrid, entre partes: De una, como apelante, Don Bartolomé, representado por el Procurador Don Carlos Riopérez Losada.

De otra, como apelada, Doña María Antonieta, representada por el Procurador Don Celso Marcos Fortín.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO

Con fecha 30 de enero de 2004, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Madrid, se dictó Decreto cuya parte dispositiva es del tenor literal: «Oídas las partes sobre la oposición a la ejecución planteada procede que ésta siga adelante conforme a lo establecido en resolución de 10 de diciembre 2003.

Contra la presente resolución cabe recurso de Apelación conforme al artículo 561.3 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)».

TERCERO

Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Don Bartolomé, exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por la representación legal de Doña María Antonieta escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó la celebración de la Vista en la que la Sala planteó a las partes cuestión de nulidad del Decreto de fecha 30 de enero de 2004, hoy apelado, hallándose conforme las

partes con dicha declaración de nulidad planteada de oficio, quedando los autos pendientes de deliberación, votación y resolución.

CUARTO

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

En el acto de la vista la Sala de oficio planteó cuestión de nulidad de la resolución apelada, a la sazón, el Decreto de fecha 30 de enero de 2004, así como de la diligencia de conformidad del Juez, que aparece en dicha resolución.

En efecto, y siguiendo la doctrina de esta propia Sala (ver auto de 20 de julio de 2004 [PROV 2004, 315405]), es necesario tener en cuenta el artículo 117 de la Constitución (RCL 1978, 2836), cuyo apartado número uno proclama que la justicia se administra por Jueces y Magistrados, añadiendo en su apartado tercero que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. El artículo 24 de la Constitución proclama el derecho al Juez ordinario predeterminado por Ley.

El artículo 202 de la Ley 1/2000 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) contempla las distintas clases de resoluciones judiciales, disponiendo, entre otros supuestos, que las mismas revestirán la forma de Auto cuando decidan cualesquiera cuestiones incidentales, añadiendo, en el apartado número tres, que en los procesos de ejecución se seguirán, en lo que resulten aplicable, las reglas establecidas en los apartados anteriores.

En este sentido, cabe precisar, para evitar cualquier equívoco, que las resoluciones en todo caso deben provenir de un Juez o Tribunal Colegiado (artículo 245 de la LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635]).

En el ámbito de la ejecución, conforme previene el artículo 545-4 de la Ley Procesal las resoluciones que acuerden el despacho de ejecución y que decidan, además de otros supuestos, sobre la oposición a la ejecución, revestirán la forma de Auto (artículos 551 y 561 del mismo texto legal).

En suma, el ámbito de decisión corresponde exclusivamente a los Jueces y Magistrados sin posibilidad de delegar en el Secretario Judicial. Téngase en cuenta que la reciente reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 19/2003, de 23 de diciembre [RCL 2003, 3008]), ha suprimido los artículos 283 y ss. del referido texto legal, y entre ellos, los relativos a las propuestas de resoluciones, esto es de providencias y autos, cuya utilización, en la práctica forense anterior, excedían, en múltiples supuestos, del reducido entorno a que venía abocada dicha posibilidad, y en modo alguno la conformidad del titular del Juzgado es válida para subsanar tan grave vicio procesal.

Por lo demás, la nueva normativa orgánica regula, en sus artículos 452 y ss., las funciones de los Secretarios Judiciales, y entre ellas las de impulso del proceso, dictando, al efecto, las resoluciones oportunas, «salvo aquellas que las Leyes procesales reservan a Jueces y Tribunales» (artículo 456). Por ello este precepto no faculta al Secretario para dictar resoluciones a que se refería la antecedente legalidad, al margen de aquellas resoluciones en forma de diligencias (de ordenación, de constancia, de comunicación o de ejecución). Se agregan a tales competencias otras que contempla su apartado número tres, y entre ellas, «cuando así lo prevean las

Leyes procesales», la ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las Leyes por ésta reservadas a Jueces y Magistrados.

Cierto es que el referido precepto previene que el Secretario Judicial dictará Decreto cuando su resolución, en los términos habilitados por los anteriores apartados, ponga término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, así como cuando sea preciso razonar su decisión.

Es evidente, según lo expuesto, que el Secretario no tiene competencia exclusiva en la ejecución civil cuyas decisiones se adoptan en forma de Auto, correspondientes al Juez o Tribunal, pudiéndose resolver por parte del Secretario cuestiones de impulso procesal.

En atención a todo lo expuesto es lo procedente declarar la nulidad del Decreto de fecha 30 de enero de 2004, a fin de que, dejándose sin efecto y sin contenido el mismo, el Juez dicte resolución motivada, en forma de Auto, resolviendo todas las cuestiones planteadas por las partes, susceptible dicha resolución de recurso de apelación.

SEGUNDO

Dada la naturaleza del pleito así como la cuestión procesal planteada por la Sala, no se hace declaración sobre condena en las costas de la alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

DISPONEMOS

Que debemos declarar y declaramos la nulidad del Decreto de fecha 30 de enero de 2004, así como la conformidad del Titular del Juzgado, debiéndose resolver las cuestiones planteadas en la presente ejecución por el Titular del Juzgado, mediante resolución, que adoptará la forma de Auto, recurrible en apelación; todo ello sin entrar a conocer la Sala sobre el fondo del asunto. Todo ello sin hacer especial declaración sobre condena en las costas de la alzada.

Al notificar la presente resolución a las partes, hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Cuestiones

1. ¿Qué forma debe revestir la resolución que despacha la ejecución?
2. ¿Puede delegarse tal decisión en el Secretario Judicial?
3. Si el Secretario despachara ejecución, mediante Decreto, ¿podría triunfar una oposición?

Lección 24.ª Ejecución dineraria.

Liquidez del título y embargo

- Cuando la obligación a cumplir mediante la ejecución es el pago de una cantidad de dinero, la actividad ejecutiva debe consistir en obtener o extraer del patrimonio del ejecutado los bienes necesarios para que, convertidos en dinero, pueda realizarse el pago al acreedor.
- Mayor utilización práctica, cuyo éxito final dependerá de que el ejecutado tenga o no bienes a embargar.
- El inicio de esta ejecución dineraria es sencillo cuando el título contiene una cantidad líquida, ya que puede pasarse directamente a despachar ejecución. No obstante, existen algunos casos particulares, concretamente cuando se trata del saldo de operaciones (arts. 572 y 573), respecto a la liquidación de los intereses y cuando la deuda se expresa en moneda extranjera.
- En los casos en que no se parte de una cantidad líquida, debe procederse a la liquidación del título, es decir, a la fijación de su importe líquido (art. 712 para las prestaciones no dinerarias, art. 713 para los daños y perjuicios, art. 717 para la conversión en dinero de prestaciones no dinerarias, art. 718 para frutos y rentas).
- Una vez fijada la cantidad por la que debe despacharse la ejecución, el Secretario procederá, en los casos en que legalmente se exige, a requerir de pago al deudor (art. 533).
- Frente al requerimiento, el ejecutado puede: pagar en acto, poniendo fin a la ejecución (art. 583); no pagar, procediéndose al embargo de sus bienes (art. 581).
- Definición del embargo (Carreras): «aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes».
- En principio, pueden ser objeto del embargo todos los bienes del patrimonio del deudor, considerados individualmente. No obstante, se ha de tener en cuenta que:
 - Existen bienes absolutamente inembargables (art. 605).
 - Existen bienes inembargables de manera relativa (art. 606).
 - Si bien los sueldos y pensiones son embargables, no podrá embargarse aquella parte del salario, sueldo, pensión, retribución o equivalente que no supere el salario mínimo interprofesional (art. 607).

- Es nulo el embargo de bienes inembargables.
- Para poder decidir qué bienes del deudor van a embargarse, es necesario descubrir los bienes de que este dispone en su patrimonio, para lo cual encontramos las siguientes posibilidades:
 - a) Que sea el propio ejecutante quien, en la demanda ejecutiva, indique los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tiene conocimiento (art. 549) o las medidas de localización o investigación de dichos bienes (art. 549).
 - b) Que el Secretario, en el decreto de concreción, acuerde que se requiera al ejecutado para que manifieste la relación de bienes y derechos suficientes para hacer frente al pago (art. 589).
 - c) Igualmente, el Secretario podrá –mediante diligencia de ordenación y previa solicitud expresa del ejecutado– dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia (art. 590).
- Fracasadas estas medidas, se debe proceder a la integración del patrimonio del deudor ejercitando las acciones del ejecutado, a través de la acción subrogatoria (art. 1111 CC), e impugnando las transmisiones fraudulentas.
- Localizados todos los bienes del deudor, la determinación exacta de los bienes a embargar depende de una serie de reglas legalmente establecidas: Pacto entre acreedor y deudor, para evitar las consecuencias negativas del embargo; de no mediar pacto entre las partes, se intentará acudir a aquellos que sean más fácilmente enajenables y causen menor onerosidad al ejecutado (art. 592.1); atendándose, por último, al orden legalmente previsto (art. 592.2 y 3).
- Los bienes se embargarán en la cuantía que resulte necesaria «a los fines de la ejecución» (art. 584), teniendo en cuenta que el ámbito cuantitativo del embargo no es inmutable, lo que puede provocar la mejora del embargo (art. 612) y la reducción del mismo (art. 612).

Caso docente núm. 24. Ámbito y extensión del embargo
(Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 75/2008,
de 25 de marzo)

SENTENCIA

En la ciudad de Jaén, a veinticinco de Marzo de dos mil ocho.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el núm. 419/07, por el Juzgado de Primera Instancia de Baeza, rollo de apelación de esta Audiencia núm. 77/08, a instancia de D. Alexander, representado en la instancia por la Procuradora

D^a. María Dolores Mola Tallada y defendido por el Letrado D. Juan Pablo Mola García-Galán contra D^a María Purificación Y D. Javier , representados en la instancia por el Procurador D. Fernando de la Poza Ruiz y defendidos por el Letrado D. Jesús Santiago López.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de 1^a Instancia de Baeza con fecha diecisiete de Enero de dos mil ocho.

Antecedentes de Hecho

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada se dictó Sentencia que contiene el siguiente FALLO: «Desestimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Mola en representación de Alexander contra María Purificación y Javier, absolviendo a éstos de todos los pedimentos deducidos en su contra y con expresa imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se tuvo por preparado primero y se interpuso después por D. Alexander, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia de Baeza, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso en la existencia de error en la calificación de la acción ejercitada y en la condición por la que reclama a los demandados.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación se presentó escrito de oposición por D^a María Purificación y D. Javier; remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, turnadas a esta Sección 2^a, en la que se formó el rollo correspondiente, señalándose para la deliberación, votación y fallo el día 17 de Marzo de 2.008, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. RAFAEL MORALES ORTEGA.

ACEPTANDO los Fundamentos de Derecho de la resolución impugnada.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la acción personal de reclamación de cantidad ejercitada en cuantía de 9.688 ,7 euros –3.962,09 euros de principal y 5.726,78 euros de intereses a la fecha de la interpelación judicial-, resultante de la estimación de la acción cambiaria ejecutiva entablada en su día contra D. Jesús Ángel y que dio lugar a los autos de Juicio

Ejecutivo nº 103/86 en los que recayó sentencia de fecha 16-12-86 , mandando seguir adelante la ejecución despachada; en dichos autos se había trabado embargo anotado preventivamente de la vivienda de la que los demandados habían adquirido a aquel por compraventa el 50% de la nuda propiedad mediante escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad de Baeza el 1-8-97, por la cantidad de 3.962,09 euros de principal.

El Juzgador de instancia, haciendo abstracción de la relación negocial a la que se ha hecho referencia entre el deudor inicial y los demandados por la que procedieron estos a la adquisición referida, basa su pronunciamiento desestimatorio en la falta de legitimación pasiva de dichos demandados, argumentando en resumen que uno de ellos, Sr. Javier, carece de la condición de heredero de D. Jesús Ángel y respecto de la otra, hermana de este, no ha quedado acreditado que aceptase la herencia ni expresa ni tácitamente, por lo que no se le puede hacer responder como heredera de las deudas del causante; y es esta argumentación la que sirve al apelante para apoyar la apelación interpuesta, esgrimiendo como motivo la existencia de error en la calificación de la acción ejercitada y en la condición por la que reclama a los demandados, que no es la de herederos del deudor inicial fallecido, sino como claramente se deriva del escrito rector de la litis, la de compradores de una finca ya trabada y cuyo embargo constaba al tiempo de la compra debidamente anotado en el Registro de la Propiedad, es por ello según mantiene, los demandados se posicionaron en la posición deudora de D. Jesús Ángel y por mor de lo dispuesto en el art. 1.112 y 1.511 a sensu contrario tienen la obligación de abonar la cuantía reclamada.

SEGUNDO.- La cuestión a dilucidar en esta alzada se centra pues y eso es lo que no fue resuelto en la instancia, en determinar cual es el alcance y eficacia de la figura del embargo, es decir, a que personas va a afectar esta traba o afección y en que medida o extensión, esto es, como van a verse perjudicadas las personas que tengan cualquier tipo de relación con el bien previamente embargado si pretendiesen liberarlo de tal traba o afección o si fuese -como ocurre en el supuesto de autos- enajenado dentro del proceso de ejecución.

Así pues, respecto de la extensión personal de la medida, que es la materia que ha sido objeto de mayor estudio por la doctrina, podemos afirmar que el embargo deberá afectar a todas las personas que, tras adoptarse la medida procesal, adquieran el dominio del bien, cualquier derecho sobre el mismo o que pretendan hacer efectivos los créditos que ostenten respecto del titular del bien embargado sobre el citado bien, aunque para que tal medida pueda afectarles, en aplicación de los principios que tutelan la buena fe, deberá exigirse que los mismos tengan conocimiento del citado acto, conocimiento, que ordinariamente les vendrá dado por determinados actos que permiten exteriorizar la circunstancia que en un proceso judicial se ha llevado a cabo la afección de determinados bienes del ejecutado para asegurar el resultado del procedimiento judicial, materia a la que la nueva ley ha destinado determinados artículos (621 a 629) bajo la denominación de «la garantía del embargo» y que van desde la desposesión del bien al ejecutado, al encargo a un tercero de su custodia, hasta la publicidad en los Registros correspondientes de la medida procesal acordada a través de la correspondiente anotación preventiva como es el caso de autos.

El embargo pues, cualquiera que sea la naturaleza del bien sobre el que recaer, tiene vida propia sin necesidad del auxilio de instituciones ajenas al proceso a las que acude el apelante, y afecta a todas las personas, sin perjuicio de la protección que merezcan los terceros de buena fe, que adquieran cualquier tipo de derechos con posterioridad al mismo.

Esta traba o afección no elimina la facultad dispositiva del deudor o ejecutado ya que la ley no impide la posibilidad de que se vuelva a embargar el bien que ya fue inicialmente embargado o venderlo con dicha traba y en consecuencia con la obligación del adquirente de hacerse cargo de la misma.

A la luz de lo expuesto, no discutida ni la existencia de la deuda, ni de la acción ejecutiva instada por el hoy actor en su día, ni los demás extremos resultantes de la documental aportada

con la demanda y reconocida la adquisición por los demandados del 50% de la nuda propiedad de la finca embargada, como además resulta de la nota simple aportada como doc. n.º 13 de la demanda –f. 31–, es claro que al encontrarse la traba debidamente anotada en el Registro de la Propiedad, tras la oportuna prórroga –docs. 6 y 7 de la demanda– y por la relación de parentesco existente entre los contratantes, aquellos tenían o debían al menos tener cumplido conocimiento de su existencia, pese a que la demandada solo reconociese tener conocimiento de la existencia de la deuda pero no del embargo aun constando dicha compra también inscrita en el Registro de la Propiedad, luego necesariamente vendrían obligados a soportar dicha carga, pero una cosa es que como adquirentes del inmueble con traba anotada deban responder de ella con dicho bien y otra cosa muy distinta, que por tal motivo hayan adquirido la condición de deudores al suceder al vendedor y deudor originario, por haberse subrogado en la posición que este ostentaba respecto del crédito del actor, que es la condición en que se les demanda y de la que carecen, esto es no existe subrogación en la deuda –que en todo caso hubiese requerido el consentimiento del acreedor, art. 1.205 CC–, sino en la carga que pesaba sobre el bien adquirido, de modo que siendo aquella y no esta última, la condición en la que se les demandaba como se aclara en el escrito de apelación, habría de apreciarse la falta de legitimación opuesta conforme a lo dispuesto en el art. 10 LEC; y no se diga que el apoyo de la acción se encuentra en el art. 1.112 y 1.511 CC, pues tal construcción es totalmente ficticia en cuanto que, el primero lo que viene a expresar es sólo el principio de la transmisibilidad en el seno de las relaciones obligacionales, queriendo resaltar que todo lo que está dentro del comercio –y que no sea contrario a la ley– puede ser objeto de una obligación o negociación y por ello puede ser transmisible por las causas y los modos establecidos en el ordenamiento jurídico, pero como ya declaró la ya lejana STS de 12-1-31, tal precepto autoriza la cesión de derechos pero no de obligaciones, en consecuencia ni mucho menos tiene el sentido que pretende otorgársele; y lo mismo se puede decir del segundo precepto, criticado por la doctrina por contener una fórmula general que nada dice realmente, pues lo que el mismo quiere en todo caso expresar es que el comprador puede ejercer de pleno derecho y no como subrogado, cuando el derecho sea inherente al dominio adquirido, incluyendo los que se encuentran en litigio al momento de la compraventa, pero nada más.

Pues bien, no habiendo adquirido sin más los demandados la posición de deudores ocupando el lugar del deudor originario, asumiendo la deuda que el mismo tenía como se pretende y ejercitándose además la acción de reclamación contra la demandada en su calidad de heredera, hemos de coincidir además con el Juez de instancia en que D^a María Purificación, no consta hubiese aceptado la herencia de su hermano deudor ni expresa ni tácitamente, y no se puede considerar que lo hiciera por contestar a la demanda interpuesta contra ella.

Efectivamente, no consta en autos que el deudor originario y causante muriese testado, por lo que hay que partir de que su óbito acaeció sin haber otorgado testamento, siendo así que, conforme a lo prevenido en el art. 943 CC, en principio, no habría inconveniente alguno para considerar a la hermana, hoy demandada, heredera ab-intestato de aquel, y, por consiguiente, para admitir que cabría responsabilizarle por las deudas de su difunto hermano. Ahora bien, si el artículo 657 CC, fija en el momento de la muerte la apertura de la sucesión de una persona, la cuestión de cuándo los llamados a su herencia adquieren definitivamente la cualidad de herederos del causante, o sea, de si la adquisición de la herencia se produce «ipso iure» y de una manera automática con la muerte del «de cuius», o, por el contrario, se precisa para ello de un acto concreto de aceptación, ha dado lugar a que en la doctrina se hayan seguido al respecto dos sistemas: el denominado romano, con arreglo al cual el llamamiento del sucesor todavía no convierte a este en heredero, sino que se exige del mismo algún acto de aceptación; y el calificado como germánico, que preconiza que dicho llamamiento basta para convertirle en heredero, sin perjuicio de permitirle rechazar tal cualidad dentro de un plazo determinado. En otras palabras, conforme al primer sistema, la delación o llamamiento no convierte al llamado en heredero, sino que para ello hace falta un posterior acto de aceptación ya expresa ya tácita, de tal modo que la adquisición hereditaria descansa en la conjunción de estos dos elementos, es decir, delación o llamamiento y aceptación, de manera que del llamamiento solo nace a

favor del llamado el derecho de adquirir la herencia mediante la aceptación o «ius delationis», por lo que si lo usa aceptando se convierte en heredero, pudiendo hacerlo como se dijo de forma expresa o tácita (arts. 999 y 1000 cc); por el contrario, el sistema germánico provoca la inmediata adquisición de la herencia por el heredero o herederos al producirse el llamamiento a su favor, sin que haga falta acto alguno de aceptación, de manera que la delación o llamamiento convierte al llamado en heredero, aunque puede dejar de serlo mediante la repudiación.

De dichos dos sistemas, en nuestro cc, aunque no han faltado autores que se han inclinado por el germánico, se ha seguido el sistema romano, en base a determinados artículos como el 988 al establecer que «la aceptación y repudiación de la herencia con actos enteramente voluntarios y libres», el 989 que determina que «los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen al momento de la muerte de la persona de quien se hereda» o el 998 que establece que «la herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, o a beneficio de inventario», preceptos todos ellos de los que se infiere la necesidad de la aceptación, pronunciándose en este sentido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las SSTs de 10 de noviembre de 1.981, 20 de mayo de 1.982 ó 27 de junio de 2.000 , declarando esta última que «para que un heredero pueda ser compelido al cumplimiento de las obligaciones contraídas por su causante, será preciso probar que ha aceptado la herencia, y en tal sentido viene reiterando la jurisprudencia que no constando que el heredero haya adido la herencia no puede ser demandado por responsabilidades que pudiera tener el testador (causante, en este caso), ni cabe condenarle al pago de cantidad alguna en tal concepto de heredero.

Refuerza la idea de esa necesaria aceptación, el propio art. 1005 cc que al recoger el sistema de la «interpellatio iure» por medio del cual los interesados (acreedores o personas sucesivamente llamadas) pueden interrogar al heredero para que se pronuncie definitivamente sobre la aceptación, está presuponiendo también que la misma es el punto clave del fenómeno adquisitivo, y no tendría sentido este precepto si el interpelado hubiera ya automáticamente adquirido. Lo mismo cabe decir del artículo 1016 que al someter a prescripción el derecho de aceptar, remarca la misma línea romanista de adquisición de la herencia en virtud de la aceptación de la herencia del llamado a quien se difiere.

A la luz de dicha doctrina pues, si como resulta de los autos, no se instó de una manera formal la acción para la aceptación de la herencia por parte de D^a María Purificación, y no consta acto expreso de la misma en tal sentido, sólo restaría dilucidar la posibilidad de una tácita aceptación y sobre tal cuestión el art. 999, pfo. 3º cc, dice que la aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Como dice la STS de 27 de junio de 2000 , con cita de otras muchas anteriores, la doctrina jurisprudencial es unánime en exigir actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia, debiendo tratarse de hechos que no tengan otra explicación, pues lo que importa es la significación del acto, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar.

En autos no consta acto alguno o comportamiento de la demandada, del que pudiese inferirse tal implícita adición de la herencia, como sería el pago de deudas del testador hecho voluntariamente, su sucesión procesal como demandante, o el pago del impuesto de derechos reales (aunque la STS de 20-1-1998 no lo estimó suficiente); ni tan siquiera consta que por aquella se instara declaración de herederos «ab intestato»constando como consta que el causante falleció sin testamento, lo que sí podría entenderse como aceptación tácita (S. de 14-3-1978) y tampoco se puede inferir dicha aceptación por el hecho de haberse personado a contestar la demanda planteada contra la misma porque en aquella se aclara esgrimiendo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo, que debieran haber sido demandados el resto de los hermanos también como posibles herederos.

En definitiva pues y por todo lo expuesto, entiende esta Sala también concurre la falta de legitimación de los demandados, pero es que a mayor abundamiento, bastaría analizar la acción

ejercitada para comprender a través del relato fáctico del escrito rector de esta litis, que la misma repugna la más elemental lógica procesal, pues obtenido ya un pronunciamiento declarativo sobre la existencia y exigibilidad de la deuda, mandando seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados para el completo pago de aquella, se vuelve a iniciar ahora una nueva fase declarativa, para obtener el mismo pronunciamiento de modo que podríamos decir concurre la excepción de «inadecuación de procedimiento», que como declara la STS de 10-4-07, por referirse a los presupuestos del proceso (art. 24-1 CE), es examinable incluso de oficio, pues lo que en todo caso debió el actor es continuar la fase ejecutiva ya iniciada hasta conseguir el remate del bien embargado y con el precio obtenido el pago de su deuda.

Al respecto, conviene traer a colación la Disposición transitoria 5ª LEC, según la cual los juicios ejecutivos pendientes a la entrada en vigor de la misma se seguirán tramitando conforme a la anterior, pero si no hubieran llegado al procedimiento de apremio se aplicará en su momento la nueva ley en lo relativo al apremio: es decir, en todo lo relativo al aspecto «declarativo» de los juicios ejecutivos se aplica la LEC 1881 (requerimiento de pago, citación de remate, incidente de oposición, tramitación hasta sentencia y, en su caso, apelación); pero en el aspecto del «apremio» se aplica la NLEC (es decir, al embargo, aunque esté ubicado antes del «Procedimiento de apremio», en tanto que nada tiene que ver con el aspecto «declarativo», sino con el propiamente ejecutivo, presupuesto del apremio); igualmente la DT. 6ª, se prevé la aplicación de la nueva LEC a los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor para las actuaciones ejecutivas que aún pueden realizarse o modificarse.

De ambas se infiere un criterio más abierto a favor de la NLEC, que resulta inequívocamente aplicable al caso, en el que existe una sentencia firme en ejecución, en la que el «tercer poseedor»-los demandados- pueden comparecer en cualquier momento y pedir que se entiendan con él las actuaciones, tratándosele como «parte», pudiendo liberar el bien pagando lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien, como establece el art. 662 LEC, máxime cuando a los meros efectos dialécticos, ni podría alegarse la caducidad de la acción ejecutiva prevista en el art. 518 LEC como tiene declarado esta Sala en reciente Auto de fecha 21-2-08, por tratarse de una ejecución ya iniciada, ni se podría estimar la prescripción que se opuso por los apelados, pues realmente la novación que se dice existió con el acuerdo transaccional suscrito entre el actor y D. Jesús Ángel el 14-1-87, se encontraba condicionada según resulta de la estipulación 5ª del mismo –doc. nº 5 de la demanda, f 23– al pago de las cuarenta mensualidades de 20.000 pts. que en el mismo se fijaban, pues caso contrario se reanudaría la vía de apremio, como efectivamente ocurrió mediante escrito de fecha 20-9-90 –doc. nº 6– y posterior de 27-5-92 –doc. nº 8– en el que se solicitaba se librase mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad para expedición de la certificación de cargas y se requiriese al deudor para que aportase los títulos, luego no se puede entender sea aplicable el plazo prescriptivo de cinco años establecido por el art. 1.966.3 Cc, sino en todo caso el genérico de 15 años establecido por el art. 1.964 de dicho cuerpo legal, que constando remitido burofax a los demandados con fecha 10-5-07 –doc. nº 14, fs. 32 y stes– habría de entenderse por tal motivo interrumpido conforme a lo establecido en el art. 1.973 Cc, poco antes de su transcurso.

Por todo ello, es por lo que en definitiva procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.- Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habrán de imponerse al apelante las costas del presente recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallo

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Baeza con fecha 17 de Enero de 2.008 en autos de Juicio Ordinario

seguidos en dicho Juzgado con el número 419 del año 2.007 , debemos confirmar íntegramente la misma, con imposición al apelante de las costas causadas en esta alzada.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha durante las horas de audiencia ordinaria; doy fe.

Cuestiones

1. ¿A quién va a afectar el embargo, y en qué sentido puede causarse un perjuicio como consecuencia del mismo?
2. El embargo, ¿afecta a la facultad de disposición del deudor sobre los bienes embargados?

Lección 25.^a Afección y garantías

- La afección de los bienes es la declaración de voluntad del Secretario en virtud de la cual se vincula un bien o bienes concretos del deudor al proceso de ejecución, cuya corrección depende de que el bien sea embargable, que se haya respetado el orden preestablecido, que sea suficiente pero no exceda de la cuantía y que pertenezca al ejecutado.
- Para comprobar dicha pertenencia, bastará la existencia de indicios y signos externos de los que pueda, razonablemente, deducirse la pertenencia del bien al ejecutado, siendo un indicio básico que se encuentre en el señorío físico del deudor.
- No obstante, hay ocasiones en que aún no encontrándose un bien en el señorío físico del deudor, puede verse afectado por el embargo (art. 626.2). Pero igualmente, en sentido contrario, puede verse afectado un bien que se encuentra en el señorío físico del deudor no siendo de su propiedad, sino de un tercero, a quien debe darse la oportunidad de «extraerlo» y desafectarlo del embargo (art. 593.2 y 3).
- Cuando se embarga un bien que pertenece a un tercero, este tiene a su favor la **tercería de dominio**, mediante la que solicitará que se levante la afección decretada sobre un bien determinado, basándose en afirmar que es titular del bien o derecho afectado.
 - La tercería se sustancia por los trámites del juicio ordinario, concluyendo, no obstante, mediante auto (art. 603).
 - La legitimación activa la tiene el tercero en la ejecución, correspondiendo la pasiva al ejecutante, en todo caso; y si fue el ejecutado el que designó el bien embargado, también a él, en litisconsorcio pasivo necesario con aquel.
 - A la demanda de tercería debe acompañarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión (art. 595.3), pudiendo interponerse desde que se haya embargado el bien hasta el momento en que se produzca la transmisión del mismo al acreedor o al tercero que lo adquiere en subasta pública.
 - La admisión de la tercería lleva a la suspensión de la ejecución del bien a que se refiere. Con la estimación de la tercería se levanta el embargo sobre dicho bien y se cancelan las medidas de garantía y publicidad que se hubieran adoptado. Sus efectos lo son únicamente respecto a la ejecución en curso.

Garantías de la afección

- La afección debe garantizarse para evitar que el ejecutado pueda realizar cualquier acto de disposición sobre los bienes o derechos afectados por el embargo y para que los terceros puedan tener conocimiento de la existencia de la traba.
- Las garantías dependen de la clase de bien embargado.
- **Anotación preventiva en registro público** (art. 629) cuando el embargo recae sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral.
- **El depósito judicial** para bienes que por su naturaleza pueden desaparecer, lo que hace necesaria su aprehensión física para que conste frente a terceros su afección (dinero, divisas, valores, objetos especialmente valiosos, muebles y semovientes, etc). El depósito implica la tenencia por una tercera persona designada para ello, con el fin de guardarlos y retenerlos a disposición del tribunal, hasta que este ordene su entrega a otra persona, no siendo necesaria la traslación física de los bienes.
- **La retención sin apoderamiento** es la garantía adecuada cuando el embargo recae sobre bienes incorpóreos cuya aprehensión física no es posible. Esta retención implica la comunicación al deudor del ejecutado o persona o entidad que custodia o tiene el derecho de la existencia de la afectación con el consiguiente *arrestatorium* (orden de conservar el bien bajo su responsabilidad a disposición del tribunal, no debiendo pagar al ejecutado) y la comunicación al ejecutado para que se abstenga de toda disposición sobre los bienes embargados.
- La **administración judicial**, en aquellos casos en que no es suficiente conservar un bien, sino que por su carácter productivo debe garantizarse que esta condición se continuará cumpliendo: frutos, rentas, empresas o grupos de empresas.
- El hecho de que un bien esté embargado no impide que pueda haber sobre el mismo otro embargo posterior. El reembolso permite al reembargante percibir el producto obtenido de la realización de los bienes, una vez satisfechos los derechos de los ejecutantes del embargo o embargos anteriores. El reembolso debe diferenciarse del embargo del sobrante (art. 611).

Caso docente núm. 25. Tercería de dominio (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 806/2005, de 18 de octubre)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía, núm. 205 bis/1996, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Las Palmas de Gran Canaria sobre tercería de dominio; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad Hazcan, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don José María Abad Tundidor; siendo parte recurrida doña Francisca, representada por el Procurador de los Tribunales don Pablo Trujillo Castellanos; autos en los que también ha sido parte don Constantino, que se allanó a la demanda y que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

Antecedentes de Hecho

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de doña Francisca contra la entidad Hazcan, S.A. y don Constantino.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que se dictara sentencia en el siguiente sentido: «a) Que se declare que Doña Francisca no es deudora por ningún concepto respecto a las letras de cambio reclamadas en el Juicio Ejecutivo nº 205/96 del propio Juzgado ante el que se insta esta acción.- b) Que se declare que el inmueble embargado en el Juicio Ejecutivo indicado supra, es de la exclusiva propiedad de mi mandante Doña Francisca.- c) Que se decrete el levantamiento y cancelación del embargo recaído en dicho procedimiento y en el referido inmueble.- d) Que se condene en costas a los demandados ello con expresa declaración de temeridad.»

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la entidad Hazcan, S.A. contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y ejercitando conjuntamente la pertinente acción reconvenzional contra doña Francisca, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia «... en que se declare, la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, aportadas con la contestación a la demanda y efectuadas, entre el matrimonio formado por doña Francisca y por don Constantino, con imposición de costas si se opusiere.»

Conferido traslado de la demanda reconvenzional formulada de contrario a la parte actora, ésta la contestó alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes y terminó suplicando que en su día se dicte «... sentencia por la que se desestime íntegramente la reconvección planteada con expresa declaración de temeridad y condena en costas a la parte demandante.»

Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 11 de mayo de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: «Desestimando la demanda interpuesta por la representación

procesal de Francisca contra la entidad «HAZCAN, S.A.» y Constantino, debo absolver y absuelvo a éstos de las pretensiones deducidas en su contra por la parte actora, con expresa imposición de costas a la parte actora. Desestimando la demanda reconvenicional presentada por la representación procesal de la entidad «HAZCAN, S.A.» contra Francisca y Constantino, debo absolver y absuelvo a éstos de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa imposición de costas al reconviniente.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación doña Francisca, y la entidad Hazcan, S.A., y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 1999, cuyo Fallo es como sigue: «Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DOÑA Francisca y desestimamos el interpuesto por la representación procesal de la entidad HAZCAN S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número NUEVE de esta Capital de 11 de Mayo de 1.998.

Estimamos la demanda interpuesta por la Sra. Francisca contra la entidad Hazcan S.A. y D. Constantino, y declaramos el dominio de la actora sobre el inmueble embargado en el juicio ejecutivo 205 de 1.996 de aquel Juzgado, y mandamos alzar la medida de embargo acordada sobre el mismo, con imposición de las costas procesales de la primera instancia a la demandada Hazcan S.A.»

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales, don José María Abad Tundidor, en nombre y representación de la entidad Hazcan, S.A., formalizó el recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

- I. Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo dispuesto en los artículos 1.252 del Código Civil y 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la doctrina jurisprudencial existente en relación con los mismos.
- II. Al amparo del número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la jurisprudencia en orden a los requisitos para el ejercicio de la acción de tercería de dominio.

CUARTO.- Admitido el recurso y dado traslado del mismo a la parte contraria, se opuso por escrito a su estimación.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de octubre de 2005, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO SALAS CARCELLER

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El presente recurso de casación se formula por la entidad Hazcan S.A., parte demandada en la tercería de dominio y ejecutante en el juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria con el nº 205/96, frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que estima la demanda interpuesta por la tercerista doña Francisca y manda alzar la medida de embargo acordada sobre el bungalow nº 179, sito en el grupo F) del Conjunto «Los Canarias» núm. 1 de Arguineguín, municipio de Mogán.

Constituye circunstancia singular del caso el hecho de que la actora de tercería aparece como ejecutada en el propio juicio ejecutivo de modo que se mandó seguir adelante la ejecución contra la misma -y contra don Constantino- en virtud de sentencia de remate dictada por el Juzgado con fecha 22 de marzo de 1996, la cual fue confirmada por la Audiencia Provincial

en sentencia de 18 de febrero de 1997. Por ello, la tercerista incorpora como primera pretensión en el «suplico» de la demanda que se declare que no es deudora de la cantidad reclamada.

Como declaran las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 2000 y 10 de diciembre de 2002 «la tercería, que es un proceso intercalado dentro del juicio ejecutivo, que es el principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira a la consecución de una decisión judicial que, conectada con el trámite del principal, de tal forma le afecte que convulsione, lo hasta entonces en él resuelto. Así, si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo, según que el título de tercerista, no preceda o sí a la fecha del embargo, ... La tercería no es un procedimiento autónomo sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, y, por tanto, una incidencia del mismo, que persigue, exclusivamente, la pretensión liberatoria del embargo de la cosa más que la atribución del derecho de propiedad (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1982, 20 de junio de 1986, 11 de abril de 1988, 4 de julio de 1989, 10 de octubre de 1996 y 29 de abril de 2000)». De lo anterior se desprende la imposibilidad de acumular en el proceso incidental de tercería pretensiones que tiendan a dejar sin efecto la condena pronunciada en el juicio ejecutivo del que trae causa.

SEGUNDO.- Como primer motivo del recurso se alega, por la vía del artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de lo dispuesto en los artículos 1.252 del Código Civil y 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la doctrina jurisprudencial existente en relación con los mismos.

Afirma la parte recurrente que ha de apreciarse en el caso el efecto positivo, vinculante o prejudicial de la cosa juzgada que implica que no puede resolverse en un proceso ulterior un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes, invocando en apoyo de su tesis la sentencia de esta Sala de 1 de diciembre de 1997, así como el hecho de que tal efecto positivo resulta incluso apreciable de oficio, según sentencias de 6 de diciembre de 1982 y 2 de junio de 1994. Pero tal afirmación que, sin duda, ha de ser compartida, no puede ser traída al caso enjuiciado con los efectos que se pretenden, pues el proceso anterior fue el juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria, en que se dictó sentencia condenatoria contra la actora doña Francisca y don Constantino, y el proceso ulterior es el integrado por la presente tercería de dominio interpuesta por doña Francisca al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que la única pretensión viable es la de que, como objeto propio de la tercería, se alce el embargo sobre determinado bien que se considera indebidamente sujeto a traba por ser de propiedad del tercero que acciona; siendo así que, en cuanto a ello, carece de sentido alegar la existencia de cosa juzgada.

En consecuencia ha de ser desestimado este primer motivo.

TERCERO.- El segundo motivo lo ampara dicha recurrente en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la doctrina jurisprudencial en orden a los requisitos de la acción de tercería de dominio.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que el primero de los requisitos que han de concurrir para que pueda ser estimada la tercería de dominio es el de la acreditación de que quien actúa es «tercero» en relación con la ejecución en curso, pues ello integra la propia base de la pretensión en cuanto dirigida a liberar el bien de su propiedad del embargo a que ha quedado sujeto para la satisfacción de deudas de las que no debe responder. La sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 2001 señala que «es efectivamente, un presupuesto de la tercería de dominio que el tercerista sea verdaderamente un tercero, es decir, una persona distinta de la embargada y que sea el titular del derecho de propiedad de la cosa embargada; si no es tal

tercero, sino que viene a ser la misma persona embargada, no tiene sentido la tercería», y la de 6 de mayo de 2003, que «el tercerista no sólo tiene que justificar cumplidamente la propiedad de los bienes embargados, sino que además constituye requisito esencial para la viabilidad de la pretensión, justificar que el embargo se hizo para cubrir deudas ajenas al tercerista –sentencia de 12 de junio de 1956».

Pues bien, en el caso presente, la ahora tercerista fue condenada en el juicio ejecutivo y en consecuencia no puede sustraer de la ejecución los bienes de los que afirma ser propietaria, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderle para combatir el resultado del precedente juicio ejecutivo.

Por ello ha de ser estimado este segundo motivo.

CUARTO.- La acogida del motivo determina la recuperación de la instancia, haciendo nuestras las consideraciones y el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado. Las costas de segunda instancia y las del presente recurso se satisfarán por cada parte las suyas (artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

Fallo

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Hazcan S.A. contra la sentencia de fecha diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera, en autos, de juicio de menor cuantía (tercería de dominio) número 205 bis de 1996 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número nueve de dicha ciudad por doña Francisca contra la mercantil recurrente y contra don Constantino, y en consecuencia, mandamos casar y anular la sentencia recurrida, y en su lugar, resolvemos conforme a lo razonado y decidido por la sentencia de primera instancia.

Las costas de segunda instancia y las del presente recurso, deberán abonarse por cada parte las suyas. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Cuestiones

1. ¿Cuál es la finalidad de la tercería de dominio?
2. La decisión de la tercería, ¿produce el efecto de cosa juzgada?
3. ¿Qué requisitos y condiciones deben concurrir para que una tercería de dominio pueda triunfar ante los tribunales?

Lección 26.ª Finalización de la ejecución dineraria

- La realización forzosa de los bienes supone la obtención de dinero con el que pagar al acreedor ejecutante, convirtiendo los bienes embargados en dinero (procedimiento de apremio).
- La ley contempla tres formas de realización forzosa: la enajenación forzosa, la adjudicación forzosa y la administración forzosa.

Enajenación forzosa

- Sistema de realización forzosa considerado como preferente.
- La ley regula diversas formas de realización de enajenación atendiendo al objeto o bien a enajenar: *a)* Por fedatario público, cuando se trata de valores, acciones y participaciones (art. 635); y *b)* para bienes distintos a los anteriores, encontramos distintas posibilidades: convenio entre las partes, persona o entidad especializada, y subasta judicial (art. 636).
- Para proceder a la realización, es necesario fijar previamente cuál es el valor del bien cuya venta se pretende, atendiendo al acuerdo al respecto entre ejecutante y ejecutado o, en su defecto, pericialmente (perito tasador). La valoración debe hacerse atendiendo al valor de mercado del bien.
- La ley regula unos medios de enajenación como alternativos a la subasta judicial, para evitar que en estas puedan malvenderse los bienes.
- Convenio de realización (art. 640) a través del cual se trata de lograr un acuerdo sobre modo de realización más eficaz.
- Realización por persona o entidad especializada (art. 641).
- Con todo, el sistema tradicional es la subasta judicial, cuya celebración exige fijar el tipo (precio de salida del bien) y que se convoque con 20 días de antelación, determinando tanto la fecha y hora de celebración como las condiciones de la misma. La subasta se preside por el Secretario.
- Para concurrir a la subasta es necesario haber hecho un depósito previo del 20% (para bienes muebles) y 30% (bienes inmuebles) del tipo de la subasta. Si a la subasta no concurre ningún postor, el acreedor puede pedir que se le adjudiquen los bienes por el 30% (para bienes muebles) o el 50% (bienes inmuebles) del tipo o por la cantidad que se le deba. Si el acreedor no hace uso de esta facultad

en un plazo de 20 días, se procederá, a instancia del ejecutado, al alzamiento del embargo.

- Aprobación del remate (arts. 650 y 670): El remate debe aprobarse por decreto del secretario a favor del mejor postor, teniendo en cuenta que si la mejor postura no fuera igual o superior al 50% (bienes muebles) o al 70% (bienes inmuebles) del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, la ley prevé diversas posibilidades:
 - Si la postura fuera superior, pero ofreciendo un pago a plazos, se le dará al ejecutante la posibilidad de solicitar la adjudicación del bien a su favor. Si el ejecutante no hiciera uso de este derecho, se aprobará el remate en favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma.
 - Si la mejor postura es inferior a dichas cantidades, el ejecutado puede presentar un tercero que mejore la postura o ofrezca un precio suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante.
 - Si la mejor postura no cumpliera ni siquiera los últimos requisitos, el secretario, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Contra este decreto cabe revisión directa ante el juez. Si el secretario en este caso denegara la aprobación, se procederá con arreglo a lo dispuesto para la subasta sin ningún postor.
 - En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, podrá el deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas.
- En el decreto en que se aprueba el remate, el tribunal ordenará la consignación del importe de la postura en la Cuenta de Depósitos.

Adjudicación forzosa

- Cuando se embargan sueldos, pensiones u otras prestaciones periódicas y créditos realizables en el acto, no puede hacerse pago inmediato al ejecutante, sino que estamos ante una adjudicación para pago.
- La adjudicación en pago permite que, ante el fracaso de la subasta, el ejecutante ejerza este derecho, adjudicándosele por el 50% (bienes muebles) o 70% (bienes inmuebles) del tipo de la subasta, por la mitad de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura, cuando el ejecutado no presenta a un tercero que pueda mejorar la postura alcanzada en la subasta si esta ha sido inferior a las cantidades indicadas. Frustrada la subasta, puede solicitar la adjudicación

por el 30% (bienes muebles) o el 70% (bienes inmuebles) del tipo o de la cantidad que se le deba.

Administración forzosa

- El ejecutante puede solicitar en cualquier momento que se le entreguen los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas (art. 676).
- La administración forzosa puede concluir, conforme al art. 680: cuando el ejecutante se haya hecho pago del crédito, intereses y costas; cuando lo solicite el ejecutado por pagar lo que resta de de la deuda; y, a petición del ejecutante, al acudir a la realización forzosa por otras vías.

La tercería de mejor derecho

- Instrumento a disposición del tercero para que su crédito se declare preferente al del acreedor ejecutante. No obstante, también puede pretender que se declare la existencia del crédito, condenando al ejecutado al pago, lo que ocurre cuando la tercería no se basa en un título ejecutivo.
- La legitimación activa corresponde al tercero, y la pasiva al ejecutante (si bien, el ejecutado puede intervenir), cuando existe título ejecutivo; de no existir título ejecutivo, al ejecutante y ejecutado.
- Se sustancia por los trámites del juicio ordinario y se resuelve mediante sentencia, fijando el orden en que deben satisfacerse los créditos.

Caso docente núm. 26. La subasta judicial (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 952/2002, de 14 de octubre)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de octubre de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Illma. Audiencia Provincial de Huelva, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de La Palma del Condado, sobre otorgamiento de escritura, cuyo recurso fue interpuesto por don Alberto M. B., representado por el Procurador de los Tribunales don Manuel S. P. G. C., en el que son recurridas la entidad mercantil Móstoles Industrial, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don José Manuel V. G., y las entidades mercantiles Abad y Vázquez, SL, y Snorescombe, SA, ambas representadas por el Procurador de los Tribunales don Luciano R. N.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de La Palma del Condado, fueron vistos los autos de menor cuantía núm. 178/1992, seguidos a instancias de don Alberto M. B., contra don Salvador S. G., don Francisco Javier A. R., don Lorenzo P. M., todos ellos en situación procesal de rebeldía, y contra las entidades mercantiles Abad y Vázquez, SA y Snorescombe, SA, y la también mercantil Móstoles Industrial, SA, sobre declaración de derechos.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando lo que sigue: «...y en su día, tras la restante tramitación legal oportuna, con el recibimiento a prueba, que desde ahora dejo interesado, dicte sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos: 1º. Declarar: A) Que la finca urbana descrita en el hecho primero de esta demanda pertenece en pleno dominio al actor don Alberto M. B. B) Que la escritura pública de compraventa de fecha 3 de abril de 1991, referida en el cuerpo de este escrito, y por la cual el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sevilla, en rebeldía de don Salvador S. G., vendía a las entidades mercantiles adjudicatarias la citada finca urbana, es nula de pleno derecho, con nulidad radical e insubsanable. C) Que consecuentemente a la nulidad del título que se menciona en el párrafo anterior, es igualmente nula la inscripción practicada en virtud del mismo en el Registro de la Propiedad de La Palma del Condado, es decir, la que consta como 4ª de la finca registral ..., al tomo 1152, libro 173, folio 134, y por lo cual procede acordar la cancelación total de dicha inscripción. 2º. Condenar a los demandados: A) A estar y pasar por las anteriores declaraciones y B) Al pago de las costas».

Admitida a trámite la demanda, por la representación de la entidad mercantil Móstoles Industrial, SA, se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «... dando al pleito el curso correspondiente dictar sentencia desestimando por completo la demanda y absolviendo libremente de la misma a mi representada, decretando no haber lugar a las declaraciones de derecho interesadas, ratificando en consecuencia la inscripción registral cuya nulidad se solicita con imposición al demandante de todas las costas causadas, todo ello previo recibimiento del juicio a prueba que desde este instante dejo interesado».

Por la representación de las entidades mercantiles Abad y Vázquez, SA y Snorescombe, SA se contestó la demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo siguiente: «... y previo el recibimiento a prueba que desde ahora se deja interesado, dicte sentencia por la que se desestimen los pedimentos de la súplica de la demanda origen de estos autos o se absuelva de ellos, en mérito a las razones alegadas, con la expresa imposición de las costas al demandante».

Por providencia de fecha 25 de noviembre de 1992, se acordó declarar en situación procesal de rebeldía a los demandados don Salvador S. G., don Francisco Javier A. R. y don Lorenzo P. M. Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 21 de junio de 1993, cuyo fallo es como sigue: « **Fallo.**—Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador don Fernando M. P. P., en nombre y representación de don Alberto M. B., contra don Salvador S. G., don Francisco Javier A. R., don Lorenzo P. M., todos declarados en rebeldía, la entidad «Abad y Vázquez, SA» y «Snorescombe, SA», ambas asimismo representadas por el Procurador don Manuel R. F. y la también entidad «Móstoles Industrial, SA» igualmente representada por la Procuradora doña María Antonia D. G., debo absolver y absuelvo a todos los demandados de los pedimentos contenidos en el escrito inicial de demanda y ello con expresa imposición al actor de las costas causadas en el procedimiento».

SEGUNDO

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Ilma. Audiencia Provincial de Huelva, dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: « **Fallo.**—Desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Alberto M. B. representado por el Procurador don Antonio A. G. L. contra la sentencia dictada, en los autos a que se contrae el rollo de Sala y su primer grado, por el señor Juez de 1ª Instancia núm. Dos de La Palma del Condado en 21 de junio de 1993 y confirmar dicha resolución con expresa condena en las costas de esta alzada a la parte apelante».

TERCERO

Por el Procurador de los Tribunales don Manuel S. P. G. C., en nombre y representación de don Alberto M. B., se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

«I.—Al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1), al haber infringido la Sentencia de la Audiencia recurrida, normas sustantivas civiles de nuestro ordenamiento jurídico; al haber aplicado indebidamente los artículos 609 y 1095 del Código Civil (LEG 1889, 27) al acto de aprobación del remate en subasta judicial en procedimiento de apremio por juicio ejecutivo.

II.—Al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de norma sustantiva de nuestro ordenamiento civil, al haber aplicado indebidamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) al momento de la aprobación del remate en la subasta judicial el 4 de octubre de 1990.

III.—Al amparo del núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la valoración de las pruebas con infracción por no aplicación de los artículos 1251 y 1253 del Código Civil, reguladores de las presunciones».

CUARTO

Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por los Procuradores señores V. G. y R. N., en la representación que ostentaban de las partes recurridas, se presentaron escritos impugnando el mismo.

QUINTO

No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para la votación y fallo del presente recurso, el día tres de octubre, a las 10.30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El actor recurre la sentencia de la Audiencia que confirmando la de primera instancia desestima la demanda, en la que solicitaba, que se declarase que la finca urbana, inscrita como solar, sita con el núm. ... y ... en la calle 12 de octubre (antes Capitán Morillo), de Palma del Condado (Huelva) le pertenece en pleno dominio, que la escritura pública de 3 de abril de 1991 otorgada por el señor Juez de Primera Instancia núm. 2 de Sevilla ante la rebeldía del demandado don Salvador S. G., a consecuencia de subasta judicial, mediante la que adquirieron la meritada finca los cesionarios del remate las sociedades mercantiles Snorescombe, SA y Abad y Vázquez, SA, es nula de pleno derecho, y que en virtud de todo ello se acuerde la cancelación de la inscripción que el anterior título había dado lugar. La sentencia recurrida no dio lugar a la declaración de nulidad, porque las entidades que adquirieron a título oneroso, en virtud de la subasta, lo hicieron del titular inscrito, con facultades para ello y en los adquirentes lo habían hecho de buena fe, habida cuenta, de que don Alberto M. B., vendió el 22 de septiembre de 1980, la finca en cuestión, venta que en juicio penal por alzamiento de bienes se declaró nula en sentencia que ganó firmeza de 15 de marzo de 1991, ya en 26 de marzo de 1988 se había dictado sentencia de remate contra ambos (comprador y vendedor), en juicio ejecutivo seguido en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Sevilla con el núm. 646/1987 y se había adjudicado dicha finca en subasta pública celebrada el 2 de octubre de 1990, aprobándose el remate el siguiente día 4 a favor de las mercantiles Snorescombe, SA y «Abad y Vázquez, SA», otorgándose por el Juez el día 3 de abril de 1991 escritura pública, que causó la inscripción 4ª de la finca registral núm. ..., cuando ya había sido declarada nula la compraventa de la que el titular registral traía causa y cancelada la inscripción 3ª a que el mismo dio lugar.

Hay que poner de manifiesto que en el juicio ejecutivo en el que fue adjudicado la finca cuya nulidad se postula era también demandado el ahora recurrente don Alberto M. B. de igual manera que el titular registral de la finca don Salvador S. G., habiendo permanecido, en ese juicio ejecutivo, ambos en rebeldía y sin que durante todo el trámite de ejecución el ahora recurrente señor M. B. hubiera hecho saber la situación procesal en que se encontraba la finca, hasta que lo pone de manifiesto en escrito que lleva fecha de 14 de noviembre de 1990 proveyéndose por el Juzgado en resolución de 5 de marzo de 1991, librándose exhorto a la Audiencia Provincial de Huelva, para que remitiera certificación de la sentencia, que se expide con fecha 11 de marzo de 1991, poniéndose de manifiesto su contenido a las partes el 27 del referido mes y año.

El Juzgado desestima la demanda por entender que el momento de la transmisión es el de la aprobación definitiva del remate y de la adjudicación de la finca (el día 4-10-1990), previa la consignación del precio.

SEGUNDO

El recurrente en casación demandante en los autos articula su recurso de casación en tres motivos, el primero y el segundo que se podrían estudiar conjuntamente por referirse a la determinación del momento en que se produjo la transmisión de la propiedad de la finca en cuestión, manteniendo al respecto la parte recurrente, criterio distinto a la sentencia de instancia, que entiende la resolución impugnada, que la fecha en la que se llevó a efecto la transmisión de la

propiedad fue la del 4 de octubre de 1990, el día que se aprobó el remate, se adjudicó la finca a las mercantiles cesionarias que consignaron el precio del mismo; por el contrario, la representación del recurrente entiende con la invocación de las sentencias de esta Sala de 7 de octubre de 1903, 28 de junio de 1949 (RJ 1949, 736), y otras hasta la de 1 de abril de 1960 (RJ 1960, 1268), en las que de acuerdo con los artículos 609 y 1095 del Código Civil (LEG 1889, 27) que se invocan como infringidos en el primer motivo entiende que no se ha consumado la transmisión del dominio hasta el 3 de abril de 1991, fecha en que por la rebeldía del ejecutado don Salvador S. G., se otorgó por el señor Juez de Primera Instancia núm. 3 de Sevilla escritura pública, que fue inscrita en el Registro que originó la inscripción 4ª, en cuanto que la aprobación del remate y la consignación constituiría a lo más el título creador de la obligación de la entrega de la cosa, pero no la tradición de ésta, que no se produjo hasta que mediante la «traditio ficta», que tuvo lugar al otorgar la escritura pública, en fecha posterior a la declaración de la firmeza (15 de marzo de 1991) de la sentencia penal que anulaba la compraventa llevada a efecto el 22 de septiembre de 1980, en la que era vendedor don Alberto M. B. y comprador don Salvador S. G., por lo tanto a la fecha de la escritura ya no era propietario el ejecutado don Salvador, porque de acuerdo a la tesis del recurrente no se había consumado la venta judicial.

A este respecto, la cuestión no es tan simple como la describe el recurrente pues como tiene declarado la jurisprudencia entre otras en sentencias de 10 de junio de 1994 (RJ 1994, 5224) y 13 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7562), «la doctrina de esta Sala –dice la sentencia primeramente citada–, no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión (vid. entre otras las SS. de 5 de enero de 1899; 28 de junio de 1949; 17 febrero 1956 [RCL 1956, 1497] ; 29 febrero de 1960 [RJ 1960, 943] etc.); pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de que con la aprobación judicial de remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues la referida adjudicación que el Juez hace al rematante, no hay obstáculo legal alguno de atribuirle el carácter de tradición simbólica «ficta», al no ser «numerus clausus» la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los arts. 1462.2º a 1464 CC; con lo que consumada ya la venta por la concurrencia del título (aprobación del remate) y modo (adjudicación de la finca al rematante), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque pueda ser imprescindible para otros efectos (entre ellos el acceso al RP), no será necesario, para que a los efectos aquí estudiados, concurra el requisito de la tradición instrumental del citado art. 1462.2 (ss. 31 de octubre 1983 [RJ 1983, 5852] , 20 de octubre 1989 [RJ 1989, 6945] y especialmente las de 1 de julio de 1991 [RJ 1991, 5311] y 11 de julio de 1992 [RJ 1992, 6280])». En igual sentido se expresa la sentencia de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7562), que al efecto establece que «el problema jurídico planteado ha sido resuelto ya por esta Sala en sentencias que especifican, el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de titularidad dominical, aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción». Por lo que ante este tenor jurisprudencial, es claro y por los mismos razonamientos expuestos que ha de decaer el motivo.

TERCERO

La desestimación del motivo primero hace decaer el segundo que se había articulado, también, al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la LECIV (LEG 1881, 1) y se denunciaba infracción por haber aplicado indebidamente el art. 34 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) , al momento de la aprobación de remate de la subasta judicial, el 4 de octubre cuando en tesis –que no se aceptó en el motivo primero del recurso– debió de haberla referido a la fecha en la que se otorgó la escritura pública que accedió al Registro, y que tuvo lugar el 3 de abril de 1991. Al entender, por las razones que se exponen en el fundamento de derecho anterior, que la transmisión del dominio se produjo a favor de las compañías rematantes (o más bien cesionarias del remate), el día 4 de octubre de 1990, en esa fecha las adquirentes no conocían la inexactitud registral, ya que como ha quedado acreditado no tuvieron esa noticia hasta que por el Juzgado de Sevilla,

se les puso de manifiesto el exhorto cumplimentado en la Audiencia Provincial de Huelva, en que por sentencia penal se había declarado nula la compraventa celebrada el 22 de septiembre de 1980 entre los que en el ejecutivo seguido en el Juzgado núm. 3 de Sevilla eran ejecutados, y en virtud de la sentencia penal, la verdad extrarregistral sería que en vez de ser titular de la finca el ejecutado don Salvador lo sería el también ejecutado don Alberto M., por lo que en el momento de la adquisición del dominio, que lo fue como queda dicho el 4 de octubre de 1990, las rematantes no conocían esa realidad extrarregistral, por lo que hay que considerarlo como terceros adquirentes a título oneroso de aquel que según registro podía transmitir el dominio, adquisición que se hizo de buena fe, desconociendo por los rematantes la inexactitud registral.

CUARTO

Por los mismos razonamientos, que los de los fundamentos de derecho anteriores, procede desestimar el motivo tercero, que alega error en la valoración de la prueba, por infracción, por no aplicación de los artículos 1251 y 1253 del Código Civil (LEG 1889, 27), reguladores de las presunciones, en cuanto que el recurrente parte del supuesto incorrecto de fijar la fecha de la transmisión del dominio, no la que señalada por las sentencias de instancia y admitida por esta Sala, de 4 de octubre de 1990, sino la incorrecta de 3 de abril de 1991, fecha esta última en la que estima que los cesionarios del remate conocían la inexactitud registral, conocimiento que carece de transcendencia porque la transmisión del dominio se había consolidado con anterioridad a la fecha que le fuera puesto de manifiesto el exhorto que fue dirigido a la Audiencia Provincial de Huelva y que según consta en autos se llevó a efecto el día 27 de marzo de 1991.

QUINTO

Por lo expuesto procede desestimar el recurso con imposición de las costas a la parte recurrente y acordar la pérdida del depósito al que se dará el destino legal, todo ello «ex» núm. 3 del art. 1715 de la LECIV (LEG 1881, 1).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación promovido por el Procurador don Manuel S. P. G. C. en nombre y representación de don Alberto M. B., contra la sentencia de veinte de febrero de mil novecientos noventa y cinco dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, en apelación contra la recaída en Juicio de Menor Cuantía seguido con el núm. 178/1992, en el Juzgado núm. Dos de los de Primera Instancia de Palma del Condado, todo ello con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente y decretando la pérdida del depósito al que se dará el destino legal. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la **Colección Legislativa** pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta.—Pedro González Poveda.—José de Asís Garrote. Rubricados.

PUBLICACION.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Cuestiones:

1. ¿Cuándo se entiende transmitida la finca adquirida en la subasta judicial?
2. La jurisprudencia, ¿es unánime al respecto?

Lección 27.^a Ejecuciones no dinerarias.

Otras ejecuciones

- El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no solo comprende la ejecución de la resolución, sino que además esta se produzca en sus propios términos, es decir, en forma genérica; transformándose únicamente en genérica cuando aquélla sea imposible natural o jurídicamente.
- La ejecución no dineraria comienza con la demanda ejecutiva (art. 549) y el auto despachando ejecución (art. 553), en el que el tribunal ordenará al ejecutado, dándole el plazo adecuado, que cumpla lo dispuesto en el título ejecutivo. Se le puede aperebrir del empleo de apremios personales o multas coercitivas (art. 699).

Obligaciones de dar

- El título ejecutivo en este caso será una sentencia o laudo arbitral condenando a entregar una cosa determinada, mueble o inmueble.
- Si se trata de bien mueble determinado, el Secretario pondrá al ejecutante en posesión de la cosa, empleando los medios y apremios necesarios.
- Tratándose de cosas genéricas (fungibles o sustituibles), es posible que el ejecutante se vea satisfecho con su conversión en dinero. El art. 702 regula, como alternativa, la posibilidad de que el ejecutante inste Secretario judicial que le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada.
- Si el título ejecutivo dispone la transmisión o entrega de un bien inmueble, el Secretario ordenará «lo que proceda» (¿lanzamiento del ejecutado?) según el contenido de la sentencia, y ordenará la adecuación del Registro al título ejecutivo.
- Ante la imposibilidad de cumplir fielmente con esta obligación de dar, la ejecución específica se sustituirá por la genérica dineraria.

Obligaciones de hacer

- El Tribunal requerirá al ejecutado para que haga lo establecido en la condena, dándole un plazo adecuado para ello (art. 705).

- En esta ejecución debe distinguirse entre conductas fungibles y no fungibles:
 - a)* Cuando la conducta es fungible (art. 706), el ejecutante puede optar por el resarcimiento de daños y perjuicios, o pedir que se le autorice para encargarlo a un tercero a costa del ejecutado; *b)* Si la conducta es infungible o personalísima (art. 709), el ejecutante puede pedir su transformación en un equivalente pecuniario: que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes de retraso.

Condena a la emisión de una declaración de voluntad

- Regulada en el art. 708, el caso más típico es el del precontrato, dependiendo de que se encuentren o no determinados los elementos esenciales o no del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad.

Obligaciones de hacer

- Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante por parte del Secretario judicial responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.
- Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado.

Caso docente núm. 27. Ejecución en sus propios términos
(Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 240/1998,
de 15 de diciembre)

SENTENCIA

Recurso de amparo contra Autos de 20 abril y 13 junio 1995 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que declararon llevado a su puro y debido efecto el fallo de la Sentencia del mismo Tribunal de 23 julio 1993, en materia de ampliación de jornada y horario: el recurrente en amparo imputa a los autos no haber cumplido en sus propios términos el fallo de la sentencia y apartarse del criterio mantenido apenas tres meses antes en un caso similar. Vulneración de los derechos fundamentales a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales y a la igualdad ante la Ley: existencia: otorgamiento de amparo.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Berejio, Presidente; don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano y don Pablo Cachón Villar, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2726/1995, interpuesto por don Juan F.B., actuando en su propio nombre y representación por ser Licenciado en Derecho, contra los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 20 de abril de 1995 y 13 de junio de 1995, que declararon llevado a su puro y debido efecto el fallo de la Sentencia del mismo Tribunal, dictada el 23 de julio de 1993 (recurso núm 1022/1995). Han comparecido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 19 de julio de 1995, don Juan F.B., actuando en su propio nombre y representación en su condición de Licenciado en Derecho, interpuso recurso de amparo constitucional contra los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de abril de 1995 y 13 de junio de 1995, que declararon llevado a su puro y debido efecto el fallo de la Sentencia del mismo Tribunal de 23 de julio de 1993 (recurso núm. 1022/1995), en materia de ampliación de jornada y horario.

2. La demanda se basa en los siguientes hechos:

- a) Tras la vía administrativa de recurso, el 16 de enero de 1992 el recurrente en amparo (funcionario perteneciente al Cuerpo de Letrados de la Seguridad Social, que a la sazón desempeñaba el puesto de Jefe de Asesoría Jurídica en la Dirección Provincial de Lugo del Instituto Nacional de la Seguridad Social –en adelante, INSS–), interpuso recurso contencioso-administrativo (núm. 1022/1991) contra las Resoluciones de 2 de abril de 1990 y 6 de junio de 1990 del Subsecretario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por las que se regulaban los conceptos de productividad y el horario que le correspondían. En dicho recurso argumentaba que las resoluciones impugnadas habían supuesto para él un incremento de

jornada laboral (pasando de treinta y siete horas y media semanales a cuarenta horas semanales), sin por ello llevar aparejado un aumento retributivo sino simplemente una variación en las retribuciones complementarias (productividad), y por ello pedía que se reconociese su derecho a mantener la jornada anterior de treinta y siete horas y media semanales. En consecuencia, además de la anulación de las resoluciones impugnadas, solicitaba: «3.º Que se le retribuyera, en concepto de servicios extraordinarios, el exceso de dos horas y treinta minutos semanales en que ha excedido la jornada ordinaria de treinta y siete horas y treinta minutos desde el 1 de enero de 1989 hasta la fecha de la sentencia, en cuantía que se fijará en ejecución de sentencia».

- b) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó Sentencia el 27 de julio de 1993 parcialmente estimatoria del recurso, y cuyo fallo era textualmente el siguiente:

«Fallamos: Que con estimación en parte del presente recurso contencioso-administrativo [...] debemos declarar y declaramos: 1.º Que el acto administrativo que se recurre no es conforme a Derecho y que por ello debemos anular y anulamos; 2.º que le asiste al recurrente el derecho a una jornada de trabajo de treinta y siete horas y treinta minutos (semanales); 3.º y que asimismo le asiste el derecho a que se abone, si es que no lo fueron, (el) exceso de dos horas y treinta minutos en que ha excedido su jornada ordinaria de treinta y siete horas y treinta minutos semanales desde el 1 de enero de 1989 hasta la fecha en que se cumpla la sentencia, indemnización cuya cuantía se difiere en su caso al momento de ejecución de sentencia».

- c) El 14 de mayo de 1994, el hoy demandante de amparo presentó escrito ante la Sala solicitando la ejecución del apartado 3.º del fallo de la sentencia, con abono de la indemnización allí fijada hasta el 7 de marzo de 1992, fecha de su cese como Jefe de la Asesoría Jurídica del INSS de Lugo, y presentando la cuantificación de dicha indemnización que le pareció oportuna (en total 1.503.652 pesetas, con los intereses que se devengarán a partir del día 1 de junio de 1994).

- d) El 20 de abril de 1995 la Sala dictó Auto por el que desestimó la solicitud de ejecución, con los siguientes fundamentos jurídicos:

«5. Sin duda, las actuaciones revelan, e incluso con ese propósito se acordó en diligencia para mejor proveer interesar los diversos justificantes de las nóminas de la Dirección Provincial del INSS de Lugo, que al actor le fue abonado el complemento de productividad, remitiéndose por el Director provincial certificación del Secretario de su percepción por el recurrente durante el año 1989 nominillas del interesado de enero a octubre, no habiéndose localizado las correspondientes a los meses de noviembre y diciembre, si bien por la documentación auxiliar obrante en la Secretaría Provincial (ficha manual de retribuciones) en los indicados meses también recibió dicho complemento; nominillas del mes de diciembre de 1991, así como de los meses de enero y febrero, siendo remitidas con anterioridad las correspondientes a los años 1990 y 1991.

6. Consiguientemente, habiéndose reconocido el derecho a la jornada legal y, acreditándose haberle abonado en todo momento el complemento de productividad, ha de tenerse por llevado a su puro y debido efecto el fallo de la sentencia».

- e) El demandante de amparo interpuso contra dicho auto recurso de súplica, invocando las mismas vulneraciones de derechos fundamentales ahora denunciadas. Dicho recurso fue desestimado por Auto de la misma Sala de 13 de junio de 1995 (notificado al recurrente el 29 de junio de 1995).

- f) Tres Letrados de la Dirección Provincial del INSS de A Coruña (doña María del Carmen García Sánchez, como Letrada Jefe, doña Susana E. Sánchez Ponte y don Roberto Pérez López,

como Letrados) habían interpuesto previamente ante la misma Sala recurso contencioso-administrativo por la misma cuestión (recursos acumulados núms. 509, 510 y 511/1991). En dichos recursos, la Sala –con idéntica composición– había dictado sentencia tres meses antes (el 30 de abril de 1993), con exactamente el mismo fallo que la que estimó el recurso del hoy demandante de amparo.

Estos recurrentes instaron igualmente la ejecución de la sentencia a su favor, a lo que accedió la Sala por Auto de 1 de febrero de 1994, con la siguiente fundamentación: «... sin que de tal escrito y por supuesto del expediente se revele el exacto cumplimiento de la sentencia, que alcanza el abono del impuesto exceso de horas realizadas sobre la jornada legalmente fijada, procede por tanto fijar la cantidad de 1.390.451 pesetas en caso de María del Carmen García Sánchez [...], con los intereses que mensualmente se devenguen a partir de 1 de agosto de 1993 hasta el momento de su completo pago».

3. El recurrente entiende que los autos impugnados, desestimatorios de su solicitud de ejecución de sentencia por considerarla ya «llevada a puro y debido efecto» (fundamento jurídico 6.º del Auto de 20 de abril de 1995), han supuesto una vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos (art. 24.1 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]), y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). A su juicio, el fallo de la sentencia no fue cumplido en sus propios términos, al dar la Sala por bueno el abono del exceso de jornada a través de las cantidades percibidas en concepto de complemento de productividad y al denegar, en consecuencia, la ejecución por él solicitada. Para demostrar cuál era el verdadero sentido del fallo alega, ante todo, la fundamentación contenida en la propia sentencia a ejecutar en su fundamento jurídico tercero, párrafo tercero.

Alega el recurrente que, a partir del 1 de enero de 1989, se produjo una reordenación de las retribuciones de los Letrados de la Seguridad Social para acomodarlas a los conceptos retributivos de la Ley 30/1984 (RCL 1984\2000, 2317, 2427 y ApNDL 6595), pero sin aumento real en las mismas (a excepción del 4 por 100 de subida general para todos los funcionarios, con arreglo a la Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado para 1989 [RCL 1988\2595 y RCL 1989\1784]). Sin embargo, se les incrementó la jornada laboral de treinta y siete horas y media semanales a cuarenta horas como contrapartida a la percepción del nuevo complemento de productividad. El aumento de jornada sin incremento global o real de retribuciones es lo que motiva su recurso, y de ello deriva que es contrario a Derecho, lo cual fue tenido en cuenta por la Sala al dictar la sentencia de cuya ejecución se trata declarando el derecho del recurrente: 1.º A mantener una jornada laboral de treinta y siete horas y media semanales y 2.º a percibir una indemnización por las horas trabajadas de más. Asimismo sostiene que basta con ojear las nóminas aportadas en el recurso y compararlas con las percibidas con anterioridad a la reordenación de las retribuciones, para comprobar que no se ha abonado ninguna cantidad en cumplimiento del fallo de la sentencia, sea cual fuere el cálculo de la cantidad que le correspondería percibir por cada hora en exceso trabajada.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a juicio del demandante de amparo, el fallo en los recursos acumulados núms. 509, 510 y 511/1991 que dieron lugar a la Sentencia de 30 de abril de 1993 (cuyo testimonio aporta como término de comparación), por un lado, y en el suyo, por otro, son idénticos, por lo que no se explica una distinta solución en cuanto a la ejecución de las respectivas sentencias. La justificación dada por los autos recurridos, concretamente por el de 13 de junio de 1995, resolutorio de la súplica interpuesta frente al de 20 de abril del mismo año (consistente en afirmar que en aquellos otros casos la Administración no acreditó el abono del complemento de productividad a los recurrentes), no se deduce de los documentos obrantes en aquellos recursos y, además, no tiene nada que ver con el fallo de la sentencia. El simple examen prima facie de las nóminas apartadas por aquellos recurrentes es suficiente para constatar que los conceptos retributivos de los tres funcionarios son exactamente los mismos que en su caso.

En consecuencia, el demandante solicita el otorgamiento del amparo, la declaración de nulidad de los autos recurridos, el reconocimiento de su derecho a la ejecución del apartado 3.º del fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de julio de 1993, y la retroacción de las actuaciones para que la Sala adopte las medidas pertinentes en orden a la efectividad de dicho apartado 3.º del fallo. En concepto de prueba documental, y con el fin de suministrar un término de comparación, a efectos del art. 14 CE, el recurrente aporta testimonio de los recursos núms. 509, 510 y 511/1991, expedido por el Secretario de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (incluyendo la Sentencia de 30 de abril de 1993 y el Auto de 1 de febrero de 1994).

4. Mediante providencia de 15 de octubre de 1996, la Sección Segunda admitió a trámite la demanda de amparo y, a tenor del art. 51 de la LOTC (RCL 1979\2383 y ApNDL 13575), requirió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Galicia para que remita testimonio del recurso núm. 1022/1991, emplazando a quienes fueron parte en el procedimiento para que en diez días comparezcan ante este Tribunal.

5. Por providencia de 25 de noviembre de 1996, la Sección Segunda acordó tener por personado al Abogado del Estado y, según el art. 52 de la LOTC, darle vista de las actuaciones por plazo común de veinte días junto al Ministerio Fiscal y al recurrente para que formulen alegaciones.

6. El recurrente, en su escrito de 5 de diciembre de 1996, se reiteró en lo afirmado en la demanda de amparo sin añadir alegación alguna.

7. En su escrito de alegaciones, el Abogado del Estado solicita la denegación del amparo. Tras afirmar que, por razones sistemáticas, es necesario comenzar examinando la posible lesión del art. 24.1 CE, el Abogado del Estado interpreta la sentencia a ejecutar sentando como punto de partida y como base de su argumentación el vínculo entre lo declarado en el fallo (derecho a una indemnización mediante el abono de la retribución correspondiente al exceso de horas trabajado) y el hecho de haber el recurrente percibido durante ese tiempo el complemento de productividad. O si se prefiere, el nexo lógico inescindible entre el complemento de productividad y el incremento de la jornada. Así que el eje de las alegaciones del Abogado del Estado es que, a su juicio, dicho complemento es una contraprestación a una mayor o particular dedicación del funcionario, y de ello se deriva que la idea de productividad tal y como aparece recogida en la Ley 30/1984 entabla una especial relación de reciprocidad o bilateralidad, casi sinalagmática o de relación de causa a efecto, entre la Administración y el funcionario. Por lo que aquí interesa, esta relación se caracteriza por la circunstancia siguiente: Si se anula por ser contraria a Derecho la jornada exigida al funcionario –como hace la sentencia de cuya ejecución se trata–, también habrá de anularse o dejarse sin efecto la contraprestación a esa jornada (es decir, el complemento de productividad). Citando textualmente el escrito del Abogado del Estado, «la disconformidad a Derecho de la imposición de una jornada más amplia se extiende también al abono eventual de ese complemento». Esto último implicaría por tanto una suerte de efecto restitutorio consistente en la necesidad de que: 1.º El funcionario devuelva la cantidad percibida a título de complemento de productividad y 2.º la Administración le indemnice por el horario indebidamente cumplido. A juicio del Abogado del Estado, la ratio decidendi de la sentencia reside en que si la imposición de una jornada habitual incrementada en dos horas y media a la semana [hecho retribuido con un complemento, del que se precisa «si es que se abonó» (sic en el fundamento jurídico tercero de la sentencia)], infringe la idea de productividad de la Ley 30/1984 (pensada para un especial rendimiento o una actividad extraordinaria), ello implica, a sensu contrario y en virtud de la relación de reciprocidad o bilateralidad, que entonces si el complemento se abonó, la anulación de la jornada, como ya se ha apuntado, debe lógicamente desencadenar la anulación de la retribución por haber sido indebidamente percibida y la devolución a cargo del funcionario de la cantidad que corresponda, debiendo la Administración indemnizarle por las horas trabajadas de más.

Sentado lo anterior resulta perfectamente lógico, a juicio del Abogado del Estado: 1.º que el fallo supedita el reconocimiento del derecho a la indemnización por las horas trabajadas al hecho de no haber sido ya retribuidas vía complemento de productividad (de ahí el inciso «si es que no lo fueron» contenido en el párrafo 3.º del fallo), y 2.º que los autos recurridos hayan condicionado, como efectivamente lo han hecho, el abono de la indemnización declarada en la sentencia a la no percepción del complemento de productividad: «En la sentencia se acordó el derecho al abono o la diferencia de aquellos conceptos correspondientes al exceso de horario realizado respecto del ordinario de treinta y siete horas y media, si es que no le fueron abonados al recurrente o lo fueron en parte (extremo que el recurrente ha de acreditar en el caso de ejecución de sentencia)» y por tanto «consecuentemente, a ese particular se ha condicionado la ejecución de la sentencia». De esta manera, el Abogado del Estado interpreta la sentencia en un sentido que a su juicio preserva la coherencia entre el fallo y los autos que han denegado su ejecución.

Desde este planteamiento se afirma que no cabe sino oponerse a la petición de ejecución del actor: sencillamente, ya ha cobrado las cantidades correspondientes al período trabajado de más, y no puede legítimamente pretender volver a cobrar, pues «habiéndosele abonado complemento de productividad no procede abonar cantidad alguna» (fundamento jurídico 2.º del Auto de 20 de abril de 1995). De lo contrario, continúa el Abogado del Estado, al recurrente se le pagaría dos veces una retribución por el mismo concepto (las horas trabajadas de más). Pretender tener derecho tanto al complemento de productividad –ya percibido– como a la indemnización declarada en la sentencia conduce, en palabras del Abogado del Estado, «a un enriquecimiento injusto sin respaldo legal a la luz de la propia sentencia». En definitiva de la ratio de la sentencia cabe legítimamente deducir que, puesto que el recurrente ya ha cobrado las horas trabajadas (vía complemento de productividad), los autos impugnados, con toda razón, han entendido compensada la retribución del recurrente, «teniéndose por llevado a su puro y debido efecto el fallo de la sentencia» (fundamento jurídico 6.º del Auto de 20 de abril de 1995). Por todo ello, considera que los autos impugnados son plenamente ajustados al contenido de la sentencia a ejecutar (de modo que no lesionarían el derecho a la tutela judicial efectiva) y solicita la denegación del amparo.

En cuanto a la presunta vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), el Abogado del Estado estima que en la sentencia aportada como término de comparación, y referida a los otros tres recursos, se da una absoluta identidad de circunstancias (los tres funcionarios, al igual que el demandante de amparo, habían percibido el complemento de productividad y sin embargo la Sala accedió a la ejecución de la sentencia y al cobro de la indemnización), y sin embargo afirma que ha sido ejecutada por error y en perjuicio de la Administración. El origen del error estaría probablemente en la defectuosa y compleja inteligencia de los extractos de nómina aportados, que habría hecho creer a la Sala que los tres funcionarios no habían percibido el complemento de productividad y, por tanto, tenían derecho a la indemnización declarada en el fallo. Ello impide trasladar ese derecho a la ejecución, erróneamente concedido a los tres funcionarios, al demandante de amparo, señalándose que, siendo el precedente o término de comparación contrario a Derecho, el derecho a la igualdad de trato se justifica sólo dentro de las posibilidades que ofrece el ordenamiento y nunca contra el mismo.

8. El Ministerio Fiscal se manifiesta favorable al otorgamiento del amparo por entender que los autos impugnados, en cuanto dan por ejecutada la Sentencia de 23 de julio de 1993, han lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, y que, asimismo la Sala, al dictarlos, se ha apartado notoria e injustificadamente de su criterio anterior (plasmado en la Sentencia de 30 de abril de 1993 y en el Auto de 1 de febrero de 1994), quebrantando así el principio de igualdad en la aplicación de la ley garantizado en el art. 14 CE.

La vulneración del art. 24.1 CE se produce, a juicio del Fiscal, porque de la comparación entre, por un lado el fundamento jurídico tercero de la sentencia y del fallo, y por otro los autos recurridos, no cabe sino concluir que éstos contradicen manifiestamente uno y otro. En efecto, al

basarse la sentencia en que el aumento semanal de trabajo no podía ser retribuido mediante el complemento de productividad (que según dice literalmente el citado fundamento jurídico 3.º «no es un verdadero aumento de retribuciones sino una reordenación de las mismas»), sino por otros conceptos retributivos, entonces dicho aumento debe abonarse precisamente atendiendo al modo que señala el párrafo tercero del fallo, es decir, con una indemnización que compense las horas trabajadas de más. La separación conceptual entre el complemento de productividad y el aumento de jornada conduce, ineludiblemente, a que la indemnización a que alude el fallo no pueda entenderse ya percibida a través del citado complemento, sino que por el contrario deberá abonarse aparte.

El Fiscal mantiene, asimismo, que se ha quebrantado el principio de igualdad (art. 14 CE), toda vez que del examen del término de comparación queda patente: 1.º Que se trata de supuestos absolutamente idénticos, y 2.º que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia –cuya composición era la misma en ambos casos– se ha separado injustificadamente del criterio seguido en la Sentencia de 30 de abril de 1993 y que, a juicio del Ministerio Público, era el correcto. Reuniéndose las condiciones para que el Tribunal Constitucional aprecie la infracción del art. 14 CE, procede también estimar el amparo por este motivo.

En cuanto al alcance de la sentencia que eventualmente otorgase el amparo, solicita el Fiscal el reconocimiento del derecho del recurrente a la ejecución en sus propios términos de la sentencia, de acuerdo con la correspondiente liquidación, y la anulación de los autos impugnados (por ser lesivos del art. 24.1 CE) y, subsidiariamente, el reconocimiento del derecho del recurrente a la ejecución de la sentencia en las mismas condiciones que los otros tres funcionarios (por apreciarse vulneración del art. 14 CE), si bien reconoce que las consecuencias prácticas de una u otra solución serían las mismas.

9. Por providencia de 14 de diciembre de 1998 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Lo que se plantea en este recurso de amparo es si los autos impugnados, dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de A Coruña, en 20 de abril y 13 de junio de 1995, y recaídos en incidente de ejecución de la Sentencia de 27 de julio de 1993, han lesionado o no los derechos fundamentales del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias, y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). En opinión del demandante de amparo, y también a juicio del Ministerio Fiscal, los autos se han apartado del fallo de la sentencia a ejecutar de un modo incongruente con el sentido del mismo, y arbitrario e irrazonable en la medida en que deniegan la ejecución de un pronunciamiento expresamente declarado en el fallo [«que (al recurrente) le asiste el derecho a que se abone, si es que no lo fueron, el exceso de dos horas y treinta minutos en que ha excedido su jornada ordinaria de treinta y siete horas y treinta minutos semanales, desde el día 1 de enero de 1989 hasta la fecha en que se cumpla la sentencia, indemnización cuya cuantía se difiere en su caso al momento de ejecución de sentencia»]. Este proceder habría lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias), procediendo, por tanto, otorgar el amparo. Por el contrario, el Abogado del Estado niega que exista incongruencia o irrazonabilidad en los autos recurridos: Estos habrían interpretado correctamente la sentencia que, a su juicio, condicionaba el cobro de la indemnización al hecho de no haber percibido el actor complemento de productividad. Habiendo quedado acreditado que efectivamente, este complemento se abonó, no procede el pago de la indemnización, con lo que los autos denegatorios de la ejecución son perfectamente congruentes con lo ejecutoriado. Solicita, por ello, una sentencia desestimatoria del amparo.

En cuanto a la lesión del art. 14 CE, por haber variado la Sala sentenciadora su criterio respecto al sentado tres meses antes en casos exactamente iguales, el recurrente y el Ministerio Fiscal

entienden que se ha producido una discriminación en la aplicación de la ley, al apartarse notoria e injustificadamente de su propio proceder poco tiempo antes, lo cual debería también conducir a la estimación del amparo. El Abogado del Estado considera que el criterio sentado en la sentencia y el auto aportados como término de comparación es fruto de un error y que, siendo una decisión errónea y, por tanto, contraria a Derecho, no resulta legítimamente invocable como precedente susceptible de ser extendido a este supuesto, solicitando de nuevo la denegación del recurso de amparo.

Así las cosas, se analizará en primer lugar la supuesta vulneración del art. 24.1 CE para, en un segundo momento, examinar la presunta lesión del art. 14 CE.

2. Por lo que se refiere al derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), conviene comenzar recordando la doctrina que este Tribunal tiene establecida sobre el particular. Existe una jurisprudencia reiterada (SSTC 32/1982 [RTC 1982\32], 61/1984 [RTC 1984\61], 67/1984 [RTC 1984\67], 109/1984 [RTC 1984\109], 106/1985 [RTC 1985\106] y 155/1985 [RTC 1985\155]), que alcanza su punto culminante con una serie de sentencias dictadas en 1987 (SSTC 33/1987 [RTC 1987\33], 125/1987 [RTC 1987\125], 167/1987 [RTC 1987\167] y 205/1987 [RTC 1987\205]), que acabaron de perfilar la doctrina al respecto y que serán luego citadas y aplicadas en los años posteriores (SSTC 148/1989 [RTC 1989\148], 153/1992 [RTC 1992\153], 194/1993 [RTC 1993\194], 247/1993 [RTC 1993\247] y 219/1994 [RTC 1994\219], entre otras). Esta jurisprudencia, en la medida relevante para el caso, cabe resumirla del modo siguiente:

- a) **El derecho a la ejecución en los propios términos de las sentencias y resoluciones judiciales firmes forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), «ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (SSTC 32/1982 y 167/1987, entre otras).**
- b) «Ello significa que ese derecho fundamental (a la ejecución de la sentencia «en sus propios términos») lo es al cumplimiento de los mandatos que la sentencia contiene, a la realización de los derechos reconocidos en la misma, o, de otra forma, a la imposición forzosa a la parte recurrida del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada» (STC 205/1987). Y, asimismo, que «... este Tribunal ha venido considerando también como cumplimiento «en sus propios términos», el cumplimiento por equivalente cuando así venga establecido por la ley «por razones atendibles»» (ibidem).
- c) **«En principio, corresponde al órgano judicial competente, en su caso, a petición de los interesados cuando proceda según las leyes, deducir las exigencias que impone la ejecución de la sentencia en sus propios términos, interpretando en caso de duda cuáles sean éstos, y actuar en consecuencia, sin que sea función de la jurisdicción constitucional sustituir a la autoridad judicial en este cometido» (SSTC 125/1987, 148/1989 y 194/1993, entre otras), sino sólo «velar para que tales decisiones se adopten en el seno del procedimiento de ejecución de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que haya de ejecutarse y una vez que las partes hayan tenido oportunidad suficiente para formular alegaciones y aportar pruebas sobre la incidencia que para la efectividad del fallo pudiera tener la actuación administrativa subsiguiente» (SSTC 167/1987, 148/1989, 153/1992 y 247/1993, entre otras). En otras palabras, «únicamente puede el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre si lo ejecutado satisface, en forma congruente y razonable, lo decidido en el fallo de cuya ejecución se trate» (STC 125/1987), pues «el recurso de amparo no constituye una instancia más, tampoco en la fase judicial de ejecución» (STC 148/1989).**

Así, pues, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 RTC) incluye, sin lugar a dudas, el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, pero el alcance de las posibilidades de control, por parte de este Tribunal, del cumplimiento de la potestad jurisdiccional

de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) no es ilimitado. En cuanto componente que es del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la ejecución de las sentencias y demás decisiones judiciales firmes también queda satisfecho, en principio, con una resolución judicial razonada y fundada en Derecho que entre en el fondo de la pretensión ejecutiva, y que no sea arbitraria o irrazonable (SSTC 205/1987 y 219/1994, entre otras), y que se canalice a través del incidente adecuado (STC 167/1987). De manera que la interpretación del sentido de los fallos, en orden a su ejecución, corresponde a los propios órganos judiciales, y que este Tribunal tan sólo ha de velar por que no se produzcan apartamientos del sentido de aquéllos claramente incongruentes, arbitrarios o irrazonables (SSTC 125/1987, 167/1987, 148/1989, 153/1992, 194/1993 y 247/1993).

3. El punto central del debate, en orden a si se ha producido vulneración del derecho del demandante a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, integrante de la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, estriba en determinar si los autos impugnados, dictados por la Sala sentenciadora, como Juez de la ejecución, el 20 de abril y 13 de junio de 1995, se han apartado o no del significado y alcance de los pronunciamientos de la Sentencia de la que traen causa, es decir, de la dictada el 23 de julio de 1993 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de A Coruña, estimatoria en parte del recurso de quien ahora nos demanda amparo.

Para ello es necesario partir del examen de tales pronunciamientos que, plasmados en el fallo o parte dispositiva, son consecuencia de la fundamentación jurídica de dicha resolución judicial, en una línea secuencial que une las alegaciones y pretensiones de la parte actora, con la fundamentación jurídica y argumentación que funda la sentencia, para desembocar en el fallo y concretos pronunciamientos en ésta contenidos. La función jurisdiccional de decir el Derecho, presupuesto necesario de la ejecución, no permite una consideración aislada de cada uno de dichos momentos y actos procesales, sino que requiere su valoración unitaria o global, pues ésta es la que permite extraer, con mayor grado de certeza, el genuino alcance y significación de las determinaciones del órgano jurisdiccional y de los efectos jurídicos, de naturaleza formal o material, que deben producir aquellas. Debe recordarse, en cualquier caso, que la efectividad de la tutela judicial, en fase de ejecución, no se alcanza en tanto no se logre la prescripción contenida, para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el art. 104 de la vigente Ley reguladora (RCL 1956\1890 y NDL 18435), a cuyo tenor el órgano administrativo debe llevar (la sentencia firme) a «puro y debido efecto», adoptando a tal fin las resoluciones que procedan, y practicando «lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo», mandato que, en formulación más condensada, establece el art. 18.2 LOPJ (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) según el cual: «Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos».

4. El funcionario demandante en vía contencioso-administrativa dedujo ante la Sala, acogiéndose a lo dispuesto en el art. 42 de la vigente LICA (y dejando aparte, como no atinente al caso, la pretensión subsidiaria y la de declaración del derecho al abono de la cantidad de 12.000 pesetas dejadas de percibir en concepto de productividad durante un determinado período), una pretensión anulatoria de las resoluciones administrativas que le impusieron la jornada de trabajo de cuarenta horas semanales, así como la de reconocimiento de situación jurídica individualizada (en tanto titular de derechos subjetivos funcionariales y no de meros intereses legítimos), consistente en que se le mantuviera en su derecho a realizar la jornada normal o general de treinta y siete horas y media en cómputo semanal; junto a estas pretensiones, asimismo dedujo la de carácter resarcitorio, consistente en que se adoptase, para el restablecimiento de su situación jurídica, la medida de indemnizarle los daños y perjuicios sufridos por la ampliación de jornada sin percibo de retribución, es decir, que se le abonase el exceso de horas trabajadas, en tanto estas no habían sido retribuidas por la Administración de la Seguridad Social.

Pues bien, la pretensión anulatoria y la de reconocimiento de situación jurídica individualizada fueron acogidas por la Sala sentenciadora, conforme a lo razonado en el fundamento jurídico 3.º, párrafo final, de la sentencia. La Sala censura el proceder de la Administración, en cuanto

impuso al demandante, Letrado de la Seguridad Social, una jornada de cuarenta horas semanales, superior a la de treinta y siete horas y media que venía aquel cumpliendo, con la sola base o excusa de que en sus retribuciones se comprendía un complemento de productividad, dado que el fin de este, según el art. 23.3 c) de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984, de 2 de agosto), no es compensar retributivamente una jornada más amplia o prolongada, sino, sencillamente, remunerar, dentro de la jornada normal u ordinaria, el especial esfuerzo desplegado por el funcionario en el desempeño de su puesto de trabajo. La sentencia deja también constancia, en dicho fundamento jurídico, de que la innovación consistente en imponer la jornada ampliada o de cuarenta horas semanales se produjo «con ocasión de la reordenación de las retribuciones –que no verdadero aumento».

Finalmente, por lo que concierne a la pretensión indemnizatoria, es estimada también por la sentencia, que en su fundamento jurídico 4.º, literalmente señala:

«que –en efecto– asiste al actor el derecho al abono o a la diferencia de aquellos conceptos, correspondientes al exceso de horario realizado respecto del ordinario de las treinta y siete horas y media, si es que no le fueron abonados o lo fueron en parte (extremo que el recurrente ha de acreditar, en su caso, en ejecución de sentencia), en la cuantía cuya fijación se difiere, por tanto, en su caso en la fase de ejecución [art. 84 c) LJCA]».

En congruencia con la transcrita fundamentación, el pronunciamiento tercero del fallo dispone: «3.º y que asimismo le asiste (al recurrente) el derecho a que se abone, si es que no lo fueron, el exceso de dos horas y treinta minutos en que ha excedido su jornada ordinaria de treinta y siete horas y treinta minutos desde el 1 de enero de 1989 hasta la fecha en que se cumpla la presente sentencia, indemnización cuya cuantía se difiere, en su caso, al momento de ejecución de la misma».

5. De la fundamentación jurídica y fallo que se han dejado transcritos en lo pertinente, se infiere sin dificultad que el complemento de productividad que venía percibiendo el Letrado recurrente (y que con anterioridad se abonaba bajo la denominación de «incentivos»), como concepto retributivo que remuneraba la jornada ordinaria o normal de treinta y siete horas y treinta minutos semanales, no venía a compensar el exceso horario establecido mediante la ampliación de dicha jornada a la de cuarenta horas o, dicho de manera más sencilla, que la otorgada indemnización de perjuicios no podía consistir en el abono mensual del citado complemento de productividad, puesto que este concepto retributivo ya venía percibiéndolo el Letrado recurrente por el desempeño de su jornada normal de treinta y siete horas y treinta minutos, sino que tal indemnización, como concepto autónomo o independiente, era procedente, a salvo que se acreditase que, por concepto diverso al indicado, la Administración de la Seguridad Social hubiera abonado al Letrado un plus retributivo por el exceso horario realizado, razón ésta por la que la Sala hizo explícita dicha salvedad en el fallo («si es que no lo fueron»), y en la propia fundamentación jurídica («si es que no le fueron abonados o lo fueron en parte»).

Así las cosas, de las actuaciones realizadas en la fase de ejecución no consta el abono por la Administración de dicho plus o compensación por el exceso horario, con independencia del mencionado complemento de productividad; antes al contrario, al ser requerida para la completa ejecución de la sentencia, la Administración no opuso objeción alguna en punto al abono de la indemnización (con fundamento en un eventual abono o compensación ya producidos por vía retributiva), sino que, en comunicación de 30 de noviembre de 1993, el Subsecretario de Trabajo y Seguridad Social manifestó que: «Por otra parte, y en relación con la indemnización que en su caso le pudiera corresponder, se estará a lo que se determine en el momento de ejecución».

Por ello, el apartamiento del significado y alcance de tal pronunciamiento resarcitorio comienza cuando la Sala, como Juez de la ejecución, erróneamente acuerda, en providencia de 28 de

diciembre de 1994, con el carácter de diligencia para mejor proveer, librar comunicación a la Dirección Provincial en Lugo del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), «a fin de que certifique si el concreto recurrente (don Juan F. B.) percibió el complemento de productividad durante el año 1989», extremo este del que ya partía el demandante al ejercitar sus pretensiones, incluida la indemnizatoria, y tal divergencia del sentido de la sentencia y de sus pronunciamientos se produce en el Auto de 20 de abril de 1995, al entender que la indemnización por el exceso de jornada se ha supeditado al no percibo por el funcionario del concepto retributivo «complemento de productividad», durante el año 1989 y resto del período temporal reclamado, y siendo así –según la Sala sentenciadora– que al actor le fue abonado dicho complemento, concluye que no ha lugar a indemnización alguna y declara llevado a puro y debido efecto el fallo, con archivo de las actuaciones. **Se asigna de tal modo, en fase de ejecución, al mencionado complemento de productividad, percibido como concepto retributivo en sus retribuciones «normales» o correspondientes a la jornada normal de treinta y siete horas y treinta minutos, un carácter compensatorio o indemnizatorio de la ampliación de jornada, que le negó expresamente la sentencia, y que fue el punto de partida de la fundamentación jurídica conducente al fallo estimatorio de las pretensiones del demandante.**

En atención a lo expuesto, hemos de concluir que el mencionado auto, confirmado en súplica por el de 13 de junio de 1995, al denegar la ejecución instada por el hoy demandante de amparo, respecto de su estimada pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, no guarda la debida coherencia con la sentencia y fallo objeto de ejecución en sus propios términos, en cuanto aquéllos sostienen que las horas trabajadas en exceso han sido ya abonadas por vía del tan repetido complemento de productividad que venía percibiendo el funcionario recurrente. Por consiguiente, y en aplicación de la expuesta doctrina constitucional, los autos impugnados, en la medida en que denegaron la indemnización a que, conforme a la sentencia firme, tenía derecho el hoy demandante de amparo, han contravenido dicha resolución judicial, es decir, han dispuesto de modo diverso a lo ejecutoriado. Por tal razón, dichas resoluciones judiciales, recaídas en fase de ejecución, lesionan el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, lo que conduce derechamente al otorgamiento del amparo.

6. El segundo de los derechos fundamentales cuyo quebrantamiento alega el recurrente es el principio de igualdad (art. 14 CE) por haberse apartado la Sala de su criterio sentado apenas tres meses antes (por Sentencia de 30 de abril de 1993) en un caso similar. Antes de entrar a analizar esta cuestión, procede recordar, siquiera sea brevemente, cuál es la jurisprudencia de este Tribunal acerca del principio de igualdad en la aplicación de la ley. A través de numerosas resoluciones, este Tribunal ha establecido una constante y uniforme doctrina, según la cual el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, garantizado por el art. 14 CE y conectado al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el art. 9.3 de la propia CE, significa, en relación con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que **un mismo Juez o Tribunal no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio, por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externos que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la sentencia impugnada.** Por consiguiente, «lo que en definitiva prohíbe el art. 14 CE, en su vertiente de derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, es que una resolución judicial responda de manera particular y aislada al concreto supuesto planteado en contradicción injustificada y arbitraria con criterios generales en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas –STC 108/1988– porque, como dice la STC 200/1990 (RTC 1990\200), tal derecho constitucional protege fundamentalmente frente a las divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos» (STC 42/1993, F. 2.º [RTC 1993\42]).

Todo ello, naturalmente, dentro del respeto a la independencia de los órganos judiciales, pues «ni el principio de igualdad ni su configuración como derecho subjetivo permiten asegurar un tratamiento idéntico uniforme o unificado por los distintos órganos judiciales, ya que el repetido principio ha de hacerse compatible con el principio de independencia de los mencionados órganos» (SSTC 104/1996 [RTC 1996\104] o 188/1998 [RTC 1998\188], por todas).

Precisando la anterior doctrina, **la tarea de apreciar la existencia de una desigualdad en la aplicación de la ley requiere que las resoluciones que se contrastan hayan sido dictadas por el mismo órgano judicial** (SSTC 134/1991 [RTC 1991\134], 183/1991 [RTC 1991\183], 245/1994 [RTC 1994\245], 285/1994 [RTC 1994\285] y 104/1996 [RTC 1996\104]), **y que hayan resuelto supuestos sustancialmente iguales** (SSTC 79/1985 [RTC 1985\79], 27/1987 [RTC 1987\27], 140/1992 [RTC 1992\140], 141/1994 [RTC 1994\141] y 165/1995 [RTC 1995\165]), **junto con la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio**. Como dijimos en la STC 188/1998, «para que pueda hablarse de desigualdad en la aplicación de la ley se necesita, pues, que un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente iguales, resuelva en sentido distinto, basándose para ello en criterios que supongan un voluntarismo selectivo a partir de argumentos ad personam o ad casum, es decir, no fundados en criterios de alcance general (STC 132/1997 [RTC 1997\132])».

Pues bien, examinando los hechos que originaron la presente demanda de amparo, se ha de partir de la necesidad de que el recurrente aporte y explicite con claridad el término de comparación que conduciría a la afirmación de un tratamiento desigual en supuestos sustancialmente idénticos (SSTC 212/1993 [RTC 1993\212], 80/1994 [RTC 1994\80], 158/1996 [RTC 1996\158] y 157/1997 [RTC 1997\157]), lo cual se hizo mediante testimonio de la Sentencia de 30 de abril de 1993, referida a los recursos acumulados núms. 509, 510 y 511/1991, expedida por el Secretario de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Cumplido este requisito, el Abogado del Estado reconoce que la sentencia aportada como término de comparación «es sustancialmente la misma (que la de 23 de julio de 1993 de la que trae causa la presente demanda de amparo), tanto en sus pronunciamientos como en su fundamentación fáctica y jurídica». En efecto, se trataba de tres funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo y con destino equivalente al del recurrente en amparo (Letrados de la Seguridad Social), y que recurrían precisamente las resoluciones del Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social que les impusieron la jornada de trabajo de cuarenta horas semanales, solicitando también lo mismo (anulación del aumento de jornada e indemnización por las horas trabajadas en exceso). Además, los fallos y las fundamentaciones de ambas sentencias son exactamente iguales: Los dos fallos contienen el mismo inciso «si es que no lo fueron», del que el Abogado del Estado deduce el condicionamiento del cobro de la indemnización a la no percepción del complemento de productividad, y, asimismo, en los fundamentos tercero y cuarto de ambas sentencias aparecen, respectivamente, los incisos «si es que se abonó» y «si es que no le fueron abonados o lo fueron en parte». De hecho, la redacción tanto de los fundamentos como de los fallos es exactamente igual. La diferencia se halla en que, habiéndose en ambos casos solicitado la ejecución, y habiéndose acreditado en los dos supuestos el cobro del complemento de productividad por parte de los cuatro funcionarios recurrentes, extremo del que por otro lado la Sala ya tenía constancia, en uno de los procesos se accedió a ello, cuantificándose la indemnización resarcitoria mediante Auto de 1 de febrero de 1994, mientras que los autos de los que deriva el presente amparo denegaron la ejecución. A este cambio de criterio es al que el demandante de amparo imputa la vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE.

Comprobada la identidad de supuestos de hecho, existe ya uno de los tres elementos para poder proceder a la comparación, a efectos de vulneración del art. 14 CE. El segundo de ellos, exigido por las SSTC 134/1991, 183/1991, 245/1994, 285/1994, 104/1996 ó 188/1998, es la identidad de órgano jurisdiccional, que queda asimismo acreditada pues se trata de la misma Sección y de la misma Sala. Por lo que hace a si el cambio de criterio está o no motivado, o si es o no irrazonable o arbitrario, hay que examinar la argumentación que la Sala empleó

para desestimar el recurso de súplica, siendo así que la única razón dada en el Auto de 13 de junio de 1995 es que «en el supuesto de ejecución (de la sentencia referida a los otros tres funcionarios) no se había acreditado por la Administración el abono del complemento de productividad, lo que en el presente recurso sí se acredita, de aquí que se desestime sin más el presente recurso de súplica». Siendo ello inexacto, pues en las actuaciones de los dos procesos administrativos figuran reflejadas las certificaciones de haberes, así como las nóminas tanto de los tres recurrentes como del demandante de amparo, en las que constan de manera inequívoca la percepción del complemento de productividad; por ello, no cabe sino concluir que, efectivamente, la Sala modificó su criterio sin más justificación que el basarse en un dato manifiestamente erróneo.

En resumen, **no constando que se haya producido ningún hecho externo que aporte elementos de juicio que, según señalaban las SSTC 108/1988 (RTC 1988\108), 200/1990 ó 42/1993, puede justificar el cambio de criterio del órgano jurisdiccional, ha de afirmarse que dicho cambio no se ha llevado a cabo de manera consciente, motivada y con criterios generalizables, sino con una fundamentación injustificada y errónea.** La conclusión no puede ser otra, pues, que la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley garantizado por el art. 14 CE, con la consiguiente estimación del recurso de amparo, también con base en esta segunda queja.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,
Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Juan F.B., y en su virtud:

1.º Reconocer al demandante su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la ejecución en sus propios términos de las sentencias firmes, así como su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

2.º Anular los Autos dictados, el 20 de abril y 13 de junio de 1995, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que declararon llevado a puro y debido efecto el fallo de la Sentencia firme pronunciada por dicho Tribunal el 23 de julio de 1993, en el recurso núm. 1022/1991.

3.º Retrotraer las actuaciones judiciales al momento anterior al de dictarse el primero de los mencionados autos, a fin de que por la Sala sentenciadora se proceda a dictar nueva resolución en la que, con respeto al contenido declarado de los derechos fundamentales del demandante, se pronuncie sobre el montante de la indemnización reconocida en su favor.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.-Alvaro Rodríguez Bereijo.-Vicente Gimeno Sendra.-Pedro Cruz Villalón.-Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Pablo García Manzano.-Pablo Cachón Villar.-Firmado y rubricado.

Cuestiones

1. ¿Qué conexión existe entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la ejecución?
2. ¿Cómo justifica el Tribunal Constitucional la necesidad de que la ejecución se realice en sus propios términos?
3. ¿Qué quiere decir el Tribunal Constitucional cuando afirma que la ejecución debe hacerse en sus propios términos?
4. ¿Qué debe hacerse cuando no es posible la ejecución en sus propios términos?

Lección 28.ª El proceso cautelar.

Conceptos generales y medidas concretas

- Pese a la omisión del art. 117.3 de la Constitución, el proceso cautelar también forma parte de la función jurisdiccional, pues es necesario, en ocasiones, asegurar la efectividad del resultado del proceso (art. 721.1).
- La competencia viene en los arts. 723 y 724.
- La medida cautelar solo puede adoptarse a instancia de parte (art. 721).

Características de las medidas cautelares

- Instrumentalidad, es decir, son instrumentales del proceso de declaración y de ejecución, cuya efectividad hacen posible.
- Provisionalidad, pues no pueden convertirse en definitivas, sino que deben alzarse cuando el aseguramiento sea inútil o innecesario.
- Temporalidad, ya que tienen una duración limitada, dependiente del proceso principal.
- Variabilidad, ya que las medidas son susceptibles de modificación y alzamiento (art. 726.2).
- Proporcionalidad, en tanto que la medida concreta que se adopte debe ser proporcional a los fines pretendidos.

Presupuestos de las medidas cautelares

- Presupuestos para la adopción de las medidas cautelares:
 - a) Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): Juicio de verosimilitud o de probabilidad a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que afirma en el proceso principal. Este presupuesto debe alegarse y justificarse mediante los medios oportunos y permitidos en derecho (art. 728.2).
 - b) Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*): Tratar de evitar los riesgos que, para la efectividad del proceso, puede conllevar la duración del pleito principal.
- Presupuesto para la ejecución de la medida cautelar concreta es la prestación de una caución (art. 728), con la que responder de los daños y perjuicios.

Medidas cautelares específicas

- Tres tipos de medidas, atendiendo a su finalidad: *a)* Medidas de aseguramiento, en tanto que aseguran la ejecución; *b)* Medidas de carácter conservativo, que conservan la situación tal y como se encuentra en el inicio del proceso principal; *c)* Medidas que anticipan el resultado del proceso, es decir, la efectividad de la sentencia.

- Las medidas concretas que contempla el art. 727 (*numerus apertus*) son:
 1. El embargo preventivo de bienes ante pretensiones de condena a la entrega de cantidades de dinero, frutos, rentas y cosas fungibles computables en metálico.
 2. La intervención y la administración judicial, cuando se pretende la entrega de bienes productivos.
 3. El depósito de cosa mueble.
 4. La formación inventario de bienes, cuando el conocimiento de los bienes que integran un patrimonio sea determinante para la efectividad de la sentencia que llegue a dictarse.
 5. La anotación preventiva de demanda.
 6. Otras anotaciones registrales, en las que la anotación no es de la demanda, sino de otro tipo de actos para los que la publicidad es un elemento útil de cara a la ejecución.
 7. Cesación provisional, o abstención temporal o prohibición temporal de actividades, conductas o realización de prestaciones, para las condenas a obligaciones de hacer y de no hacer.
 8. Intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante actividad lícita o consignación o depósito de cantidades reclamadas en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.
 9. Depósito de ejemplares de obras, objetos y material.
 10. Suspensión de acuerdos sociales.
 11. Otras previstas legalmente.

- Cualquiera de estas medidas cautelares puede ser sustituida, a instancia del demandado, por una caución (caución sustitutoria) con los presupuestos y condiciones de los arts. 746 y 747.

Caso docente núm. 28. Instrumentalidad; necesidad; temporalidad; provisionalidad y variabilidad (Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª), auto núm. 192/2010, de 5 de julio

AUTO

Ilmos. Sres.

Presidente:

D./D^a. Emma Galcerán Solsona Magistrados:

D./D^a. Maria de la Paz Pérez Villalba

D./D^a. Lucas Andrés Pérez Martín

En Las Palmas de Gran Canaria , a 05 de julio de 2010 .

AUTO APELADO DE FECHA: 5 de noviembre de 2009 APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: Sociedad Estatal De Estiba Y Desestiba Del Puerto De La Luz Y De Las Palmas S.A. VISTO, ante la AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN CUARTA el recurso de apelación admitido a la parte demandante , en los reseñados autos, contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 5 de noviembre de 2009 seguidos a instancia de la Sociedad Estatal De Estiba Y Desestiba Del Puerto De La Luz Y De Las Palmas S.A. representado por la Procuradora Dña. Rita Rodríguez Guerra y dirigido por el Letrado D. Angel Alexis Montesdeoca García , contra Naviera Armas S.A. representado por el Procurador D. Alejandro Valido Farray y dirigido por el Letrado D. Francisco Guillermo Aparisi Gómez .

H E C H O S

PRIMERO.- Por el Sr. Magistrado-Juez del JUZGADO MERCANTIL N° 2 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, se dictó Auto en el referido procedimiento cuya parte dispositiva, copiada literalmente dice así: «DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA SOLICITUD de medida cautelar presentada por la Procuradora de los Tribunales D^a RITA RODRIGUEZ GUERRA, en nombre y representación de la mercantil SESTIBA (SOCIEDAD ESTATAL DE ESTIBA Y DESESTIBA DEL PUERTO DE LA LUZ Y DE LAS PALMAS SA contra la mercantil NAVIERA ARMAS SA, con expresa imposición de costas procesales a la solicitante».

SEGUNDO.- El relacionado auto, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 05 de julio de 2010 .

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia la Il^{ta}. Sra. Dña. Emma Galcerán Solsona, quien expresa el parecer de la sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

Con fecha 25 de junio de 2010, esta Sección Cuarta dictó Auto en el Rollo n° 243/2010 , sobre cuestión litigiosa idéntica, cuyos Razonamientos jurídicos Primero y Segundo se transcriben a continuación.

PRIMERO.- Frente al auto que desestima las medidas cautelares interesadas en la demanda por falta de los requisitos de idoneidad, proporcionalidad y peligro por la mora procesal, se alza la parte apelante, actora en la instancia alegando básicamente la especial naturaleza jurídica de la entidad actora con un singular régimen económico financiero, y que las medidas cautelares interesadas en la demanda son adecuadas, razonables y proporcionales, concurriendo además la apariencia del buen derecho, a todo lo cual se opone la parte apelada que solicita la confirmación íntegra de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- Como es sabido la medida cautelar es considerada como aquella actuación directa o indirecta que tienda a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria, con el fin de que tal tutela efectiva no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente (artículos 721.1, 726.1 y 728 de la LEC).

Y las notas características de tales cautelas procesales vienen a ser: a) La instrumentalidad en cuanto están al servicio del proceso principal declarativo o de ejecución al que están subordinadas, de ahí la necesidad de su homogeneidad en relación a las pretensiones deducidas.

- b) La provisionalidad porque se mantienen en tanto en cuanto cumplen su función de aseguramiento, de forma que desaparecen cuando con el proceso principal se haya logrado una situación que hace inútil su mantenimiento.
- c) La temporalidad consecuencia precisamente de su carácter instrumental del proceso principal pues nacen para extinguirse.
- d) La variabilidad en cuanto que permiten su modificación cuando se alteren las circunstancias o motivos que se tuvieron en cuenta para adoptarse.

Tales características están actualmente incorporadas a la actual LEC: en los art.721 y 726.1 y 727. 11ª la instrumentalidad y necesidad, y la temporalidad, provisionalidad y variabilidad en los art. 726.3., 731 , 743 y 744 .Si bien las medidas cautelares son o han de ser por lo general aseguratorias en relación a las pretensiones principales ex art.721 LEC y la futura ejecución de una eventual sentencia favorable al demandante (embargos, cauciones, anotaciones, depósitos, etc...), existen otras cautelas llamadas anticipatorias donde más que asegurar la posible ejecución se pretende imponer provisionalmente, pero de inmediato, esa conducta que se persigue principalmente frente al demandado. Por lo general estas medidas cautelares, que podrían entenderse como impropias, se refieren a la imposición o prohibiciones de conductas o actividades, y en nuestra LEC tienen acogida singular en el art. 726.2 y 727.7.

Así mismo los presupuestos esenciales y tradicionales de toda medida cautelar son:

- a) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), caracterizada, siguiendo el tenor literal de la SAP de Madrid Sec. 12ª de 26 de junio de 2001 , por la existencia de una pretensión formulada por el actor que presente rasgos de verosimilitud y fundamento, y que no puede equipararse a una prueba plena del derecho del actor, ya que para ello se abrirá en su caso y momento el periodo probatorio correspondiente y tras la conclusión del proceso será cuando, con plenitud, se determine si el derecho del actor es o no apto para sustentar su pretensión, de tal manera que tal apariencia de buen derecho ha de ser entendida como equivalente a dotar al juzgador de la convicción de que la medida cautelar proviene de quien ostenta un derecho fundado, verosímil y ajeno a toda idea de utilización como medida de presión o en manera infundada.
- b) Peligro en la demora (*periculum in moral*), requisito que supone valorar la necesidad de adoptar las medidas que se solicitan al objeto de determinar si, de no tomarse las medidas solicitadas, la eventual sentencia estimatoria que se dictase carecería de efecto práctico por ser ineficaz, ilusoria o carente de contenido material sobre el que hacerla efectiva.

Al tiempo se precisa generalmente la prestación de fianza por el que pretenda la adopción de la medida cautelar para responder de los posibles daños y perjuicios que pudieran ocasionarse al demandado si con posterioridad se pone de manifiesto que la medida cautelar carecía de fundamento y es por ello revocada.

Ahora bien, toda medida cautelar desde el requisito de su ineludible eficacia o instrumentalidad (no caben las medidas inútiles), por su naturaleza y en cualquier ámbito jurisdiccional que se adopte, ha de ser lo menos gravosa posible para el demandado.

Pues bien partiendo de la doctrina expuesta esta Sala no puede sino compartir los acertados y motivados argumentos expuestos por el Juez a quo para la desestimación de las dos concretas medidas cautelares interesadas en la demanda al amparo del artículo 727.7 de la LEC, a saber y en primer lugar la suspensión por parte de la propia entidad actora de la puesta a disposición a favor de la entidad demandada del personal en tanto no satisfaga la totalidad de la deuda reclamada y en segundo lugar la prohibición a la demandada de acudir a terceros para la contratación de personal distinto del que emplea la propia entidad demandada para realizar labores de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías y ello por cuanto dichas dos medidas cautelares no son proporcionales a lo solicitado en la demanda ni tienen aptitud para combatir el periculum in mora, puesto que la efectividad de la sentencia (eventual condena a la entidad demandada a cierta cantidad de dinero por impago de sus cuotas) no se va a ver afectada por el hecho de que se autorice a la actora a poner a disposición a favor de la demandada del personal cualificado o se prohíba a esta última a contratar otro personal distinto, faltando en consecuencia las notas de instrumentalidad y dependencia o subordinación de las dos medidas cautelares interesadas en la demanda respecto de la sentencia de fondo pues precisamente las medidas cautelares aparecen caracterizadas por constituir un instrumento del instrumento, al cumplir la función de garantizar la eficacia de la resolución que, en su día, de respuesta a la controversia sometida al Juzgado de lo Mercantil y esa instrumentalidad exige la existencia de una relación medio o fin, pues tan solo serán procedentes aquellas medidas dirigidas a garantizar no ya la ejecución de lo decidido, sino también que pueda ser ejecutado eficazmente o dicho de otro modo dado el carácter accesorio de toda medida cautelar, supeditada a la eficacia del eventual pronunciamiento que haya de recaer, exige que se adopten sólo aquellas que realmente puedan servir para lo que se reclama, lo que no acontece en el supuesto enjuiciado.

Por lo demás indicar y con el fin de dar debida respuesta judicial a las distintas alegaciones de la parte apelante, que los presupuestos y requisitos de toda medida cautelar no pueden soslayarse por el singular régimen jurídico, económico y financiero de la Sociedad Estatal actora, que ya debiera estar constituida en Agrupación Portuaria de interés económico a la vista del tiempo transcurrido desde que se agotó el plazo para dicha transformación otorgado por la Ley 48/2003, y si bien dicha disposición adicional 6^a de haberse ya transformado la sociedad actora en Agrupación portuaria de interés económico la autorizaría a través de sus órganos sociales a suspender la puesta a disposición de personal a las sociedades privadas deudoras con prohibición de contratar personal con tercero, en la solicitud de la demanda principal no se solicita en modo alguno que se autorice a la entidad actora a no facilitar a la entidad demandada personal especializado a la entidad demandada que presuntamente ha dejado de abonar determinadas cuotas extraordinarias, ni que se imponga a la misma la prohibición de contratar al margen de la relación que las vincula, dicho personal, sino que la pretensión de la actora es que se declare su derecho al cobro de la cantidad reclamada de 31.276, 32 euros más intereses y que se condene a la entidad demandada a dicha cantidad. Es decir, una condena a abonar cantidad que mal puede garantizarse precisamente con dos medidas cautelares que en definitiva a lo conducen es al cese en la actividad por parte de la entidad demandada de su actividad de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías, con lo que no deja de ser un contrasentido como bien razona el Juez a quo pues las medidas cautelares interesadas lejos de tender a garantizar el derecho de crédito de la actora lo que vienen es a perjudicarlo al privar al supuesto deudor de medios productivos para obtener efectivo con el que pagar la deuda que se reclama en la demanda principal, siendo por definición la medida cautelar de embargo

preventivo la medida idónea para garantizar los derechos de crédito reclamados en cualquier demanda, medida que no se ha solicitado y que no cabe entrar a analizar.

Por todo lo expuesto y no concurriendo en las concretas medidas cautelares interesadas en la demanda los presupuestos legales para su adopción, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho.

SEGUNDO

Siendo idéntica la cuestión litigiosa planteada, e irrelevante la circunstancia de ser otra la entidad mercantil apelada a los efectos de la presente apelación, procede desestimar el recurso, con expresa imposición de costas al apelante por los mismos razonamientos transcritos en el anterior Razonamiento Jurídico del presente Auto.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Sociedad Estatal De Estiba Y Desestiba Del Puerto De La Luz Y De Las Palmas S.A, contra el auto de fecha 5 de noviembre de 2009 , confirmándolo íntegramente, con expresa imposición de costas al apelante.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos. Sres. arriba referenciados.

Cuestiones

1. ¿Qué caracteriza a las medidas cautelares?
2. ¿Cuándo se puede desestimar la solicitud de una medida cautelar?

Lección 29.^a Procedimiento cautelar

- Unificación del procedimiento cautelar con la Ley.
- Se inicia a instancia de parte (art. 721 LEC) con anterioridad a la demanda, junto con la demanda o con posterioridad a la demanda (art. 730.4).
- La solicitud de la medida cautelar debe hacerse con claridad, precisión y justificación de los presupuestos.
- La tramitación presenta dos variedades, según se dé cumplimiento al principio de contradicción antes o después de la adopción de la medida:
 - a) Con contradicción previa (art. 733.1), tratándose de la regla general. De la demanda cautelar debe darse traslado al demandado y convocar (dentro de los 5 días siguientes) a la vista, en la que se realizarán por las partes las correspondientes alegaciones y la práctica de las pruebas, pudiéndose hacer también referencia a las cauciones.
El tribunal resolverá mediante auto, otorgando la medida cautelar (apelación) o denegándola (apelación con tramitación preferente), en cuyo caso podrá reiterarse la solicitud cuando cambien las circunstancias (art. 736.2).
 - b) Con contradicción diferida (art. 733.2), de forma que el Tribunal resuelve (en un plazo de 5 días) conceder la medida cautelar o no sin oír previamente al demandado. Esta tramitación debe solicitarse por el demandado, justificando la concurrencia de razones de urgencia o que la audiencia al demandado pondrá en peligro la finalidad de la medida.
- La resolución cautelar es, por tanto, recurrible cuando se dicta con contradicción previa, e irrecurrible cuando se dicta con contradicción diferida, en cuyo caso se da al demandado la oportunidad de oponerse (art. 739 y ss).
- La oposición debe plantearse en un plazo de 20 días desde que se dictó el auto, debiéndose dar traslado de dicha oposición al solicitante de la medida y convocándose a las partes a una vista, como consecuencia de la cual el Tribunal puede:
 - Desestimar la oposición, manteniendo la medida adoptada e imponiendo las costas al demandado.
 - Si el auto estima la oposición, alzaré las medidas e impondrá las costas al demandado, así como los daños y perjuicios que se hubieren generado (art. 742).
 - En el auto estimatorio de la oposición, puede también optarse por modificar la medida por otra menos gravosa, o sustituirla por la caución ofrecida por el demandado, lo que implica reconocer que es necesario algún tipo de cautela, pero no la inicialmente adoptada.
- Los arts. 743-745 regulan la modificación de la medida cautelar a instancia de parte.

- Debido al carácter instrumental del proceso cautelar respecto al proceso principal, existe una dependencia del mantenimiento de las medidas respecto a lo que pase en el proceso principal, de forma que las medidas solo perduran si existe el proceso principal del que dependen. Esta dependencia tiene una clara consecuencia cuando la tutela cautelar se insta antes del inicio del proceso principal, ya que su efectividad dependerá de que efectivamente se presente la demanda principal en las condiciones y plazos del art. 729; igualmente se verán afectadas por la suspensión del proceso principal (art. 731.1, II) y por la terminación del mismo y sus distintas formas (art. 731.1), condicionando lo que ocurra con las medidas cautelares a cada una de las formas de terminación y su resultado.

Caso docente núm. 29: A) Procedimiento cautelar: caso práctico; B) Solicitud de adopción de medidas cautelares (Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 19 febrero de 2009)

A) Procedimiento cautelar: caso práctico

La entidad El Bon Menjar, de la que es administrador único D. A A A, con domicilio social en Castellón, dedicada a las actividades de catering para fiestas y eventos a domicilio, firma un contrato con la entidad Distribuimos Todo, según el cual esta debe suministrarle materiales plásticos de diferente tipo y de ciertas calidades con los que desarrollar su actividad.

En virtud de dicho contrato y realizada la entrega de una primera remesa de materiales, D. AAA, en su condición de administrador de la entidad El Bon Menjar, libra un pagaré a favor de Distribuimos Todo por valor de 3.500 euros.

Ante la imposibilidad de cobrar el pagaré, Distribuimos Todo decide exigir el pago de la cantidad judicialmente, si bien la misma teme que no pueda cobrar efectivamente la cantidad, pues «ha oído» y «tiene conocimiento» (no acreditado) de que El Bon Menjar es insolvente y que en otras ocasiones en que ha sido demandada por iguales motivos por otras entidades y personas físicas se ha constituido en rebeldía.

Cuestiones

1. ¿Cómo podría evitarse o tranquilizarse a El Bon Menjar de este temor?
2. En su caso, ¿qué medida cautelar considera más adecuada? ¿Contra quién debe plantearse?
3. Analícese si concurren presupuestos bastantes para decretar la medida cautelar.
4. Redáctese el escrito de solicitud de medida cautelar.

AUTO

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil nueve

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla se dictó Sentencia el 27 de noviembre de 2007, en la que estimando los recursos de apelación de «Inmoinversión Eurogroup, S.L.» y «Shorthorn Limited LTD» interpuestos contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de 30 de marzo de 2007, revoca la Sentencia de Primera Instancia y desestima la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Rodríguez Noguerras Martín, en nombre y representación de D. Alberto contra la mercantil «Inmoinversión Eurogroup S.L.» y en la que había intervenido voluntariamente en calidad de demandado la entidad «Shorthorn Limited LTD», absolviendo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en la demanda. Fundamenta la Sentencia ahora recurrida su decisión en que los acuerdos sociales son impugnados por la parte actora por considerar que el acreedor pignoraticio se ha extralimitado en las facultades conferidas en las condiciones de garantía de los préstamos con perjuicio para el socio demandante y ello no puede estimarse contrario a una disposición de carácter imperativo o prohibitivo, sino que se trataría de un acto meramente anulable en cuanto que produciría una lesión en el interés de un socio en beneficio de otro u otros socios o de terceros, con lo que en todo caso se vulneraría un principio general del derecho pero no una norma imperativa o prohibitiva, con la consecuencia de que la acción de impugnación estaría sometida al plazo de caducidad de cuarenta días, estando dicha acción caducada.

Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de D. Alberto articulado en torno a un único motivo en el que se pide se case la Sentencia de la Audiencia y se confirme la dictada en primera instancia en todos sus términos. En ésta se había declarado la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta General de Accionistas de fechas 3 y 30 de noviembre de 2005 por cuanto los mismos infringen lo dispuesto en los arts. 6.4, 7.2 y 1852 del Código Civil, al haberse ejercitado el derecho a voto por el acreedor pignoraticio con abuso de derecho y en contra de la ley, lo que determina su nulidad y no su anulabilidad.

El recurso de casación fue admitido a trámite (Rollo 1128/2008) por Auto de esta Sala de 28 de octubre de 2008, requiriéndose a la parte demandada para que presentara escrito de impugnación al recurso de casación en el plazo de veinte días.

SEGUNDO

La Procuradora D^a. Ana Nieto Altuzarra, en nombre y representación de D. Alberto, ha solicitado la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión cautelar de todos los acuerdos adoptados por las Juntas Generales de Socios de la entidad «Inmoinversión Eurogroup, S.L.» celebradas el 3 de noviembre y el 30 de noviembre de 2005 con la oportuna comunicación al Registro Mercantil de Sevilla, y anotación de la solicitud de medidas en el Registro Mercantil con publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

De dicha petición se dio traslado a la parte recurrida para que alegase lo que estime oportuno, presentando escritos en los que se oponían a la adopción de las medidas cautelares interesadas por la parte recurrente.

TERCERO

En el acto de la vista, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos y propuso prueba admitida en los términos que constan en las actuaciones. En trámite de conclusiones, la parte solicitante interesó la adopción de otras medidas más adecuadas a la nueva situación generada por la venta de los activos.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

El art. 730.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos. Esta solicitud se sustanciará conforme a lo prevenido en el presente capítulo». En el supuesto que nos ocupa, la parte interesó, en su escrito inicial, la adopción de las mismas medidas en su día acordadas por el Juzgado Mercantil y que fueron alzadas por la Audiencia, sobre la base de los mismos hechos que se habían tenido en cuenta anteriormente, presentando con posterioridad nuevo escrito en virtud del cual ponía en conocimiento de esta Sala otros nuevos hechos que, a su juicio, justificaban la adopción de las cautelas interesadas.

Sin embargo, en el acto de la vista, en vía de informe, tras haber ratificado previamente su solicitud, la parte solicitante indicó que las medidas interesadas habían perdido su objeto y solicitaba la adopción de otras medidas de naturaleza patrimonial a fin de que se consignaran las cantidades a percibir por las entidades «Emed Tartessus, S.L.» y «Emed Mining Public» como consecuencia de la venta de activos, señalando que estas circunstancias eran conocidas por la parte desde el 15 de diciembre de 2008.

Lo cierto es que dicha solicitud no puede ser atendida si tenemos en cuenta que supone una modificación del objeto, práctica proscrita por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, en su art. 433.3, dentro de las normas que regulan el juicio ordinario pero aplicable igualmente a la vista de medidas cautelares a falta de previsión expresa sobre el trámite de conclusiones, dispone «Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento». El precepto es claro; las partes no pueden alterar las pretensiones contenidas en sus escritos rectores en fase de conclusiones, actuando de forma sorpresiva, máxime cuando, a la vista de las alegaciones realizadas por la parte solicitante, la misma ha dispuesto de más de dos meses para presentar un nuevo escrito indicando el cambio de circunstancias que justificaban la adopción de otras medidas diferentes a las inicialmente solicitadas. Y que en todo caso produciría una situación de indefensión a la otra parte.

Si lo anterior es motivo suficiente para denegar las medidas cautelares, ha de añadirse que la adopción de las mismas afectaría a la situación patrimonial de una tercera entidad mercantil no llamada al proceso, razón por la cual deben ser igualmente denegadas en la medida en que se le estaría causando indefensión por cuanto se vería afectada por aquellas sin posibilidad de realizar alegaciones al respecto.

SEGUNDO

De acuerdo con los artículos 736.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil imponer al solicitante las costas causadas en estas actuaciones.

LA SALA ACUERDA

1º No ha lugar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por don Alberto.

2º Imponer las costas procesales de este incidente a la parte solicitante.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que com Secretario, certifico.

Cuestiones

1. ¿Cuándo se pueden solicitar las medidas cautelares?

Lección 30.^a Pretensiones dispositivas y no dispositivas

La LEC/2000 supone un claro intento de simplificación y de reconducción a lo ordinario. De este modo, actualmente existen dos únicos procesos declarativos: el llamado ordinario y el verbal. Sin embargo, debemos señalar que:

- a) **Los procesos civiles no dispositivos** tienen que seguir existiendo, ya que no puede ser de otro modo (son aquellos por medio de los que se trata de aplicar normas sustantivas civiles más o menos influidas por una concepción publicista, que lleva a que el objeto del proceso no sea disponible para las partes). Se encuentran previstos en el Título I del Libro IV, y se refieren a la capacidad, filiación, matrimonio y menores.

- b) **Procesos civiles dispositivos con especialidades:** Se debe distinguir entre:
 - 1.º) Normas procesales derivadas del derecho material a aplicar: son aquellas que atienden al objeto del proceso, a la competencia, a las partes, a los efectos, en algún caso a la ejecución, y a menudo a las medidas cautelares; 2.º) Normas procedimentales que atienden a la forma o requisitos de los actos procesales y a la manera de conjuntar el procedimiento; existen muy pocas especialidades procedimentales.

- **Tutela judicial privilegiada:** En función de la materia, podemos distinguir entre su atribución al juicio ordinario (art. 249.1 LEC) y el Juicio verbal (art. 250.1 LEC).

- **Procesos no dispositivos:** La Exposición de Motivos LEC se refiere a esta pluralidad de procesos como «procesos en que no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal», de manera que la «Ley no se limita a codificar, sino que, con pleno respeto a las reglas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental, diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia» (EM XIX, 4). Son los que se refieren a la capacidad de las personas, filiación, paternidad y maternidad, nulidad, separación y divorcio, y relativos a menores.

- **Las características comunes** (arts. 748-755 LEC) de los procesos no dispositivos se refieren a:
 - a) Objeto indisponible: en estos procesos, el principio dispositivo se encuentra eclipsado por el de oficialidad. Por ello en dichos litigios no surten efectos las formas anormales de finalización del proceso (renuncia, allanamiento ni transacción, art. 751.1 LEC); en cuanto al desistimiento, se hace necesaria, por regla general, la conformidad del MF (art. 751.2 LEC).

- b) Partes: 1.º) Suele concederse legitimación al Ministerio fiscal, algunas veces activa y otras solo pasiva (art. 749.1 LEC); 2.º) Se produce la determinación por la ley de las personas legitimadas, bien de modo activo, bien de modo pasivo (art. 757 LEC); 3.º) La intervención protectora del MF en interés de la ley y de las partes necesitadas de protección en estos procesos, por razón de su edad, de su capacidad de obrar o de su ausencia, se complementa con una obligada asistencia de abogado y la representación del procurados en la actuación de las partes. Es siempre necesaria la postulación por medio de abogado y procurador (art. 750).
- c) Prueba: 1) Por un lado, se llega al aumento de las facultades del tribunal en la prueba; y 2) Por otro, a la imposibilidad de que la regulación normal de la prueba conduzca a la disposición por las partes del objeto del proceso; por ello existen normas especiales sobre la admisión de hechos y sobre la valoración de la prueba (art. 752 LEC).
- d) Procedimiento: 1.º) Se dispone que estos procesos se sustanciarán por el juicio verbal, aunque existe contestación a la demanda por escrito (art. 753 LEC); 2.º) Se permite excluir la publicidad de los actos procesales (art. 754 LEC); 3.º) Las sentencias que se dicten se inscribirán de oficio en los registros públicos (art. 755 LEC); 4.º) En general, y salvo los pronunciamientos patrimoniales, las sentencias no son susceptibles de ejecución provisional (art. 525.1, 1.ª LEC).
- e) Violencia de género (art. 87 ter LOPJ): LO 1/2004, de 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ha introducido un art. 87 ter en la LOPJ, según el cual los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil de los asuntos de nulidad separación y divorcio cuando: 1) Alguna de las partes de ese proceso civil sea víctima de violencia de género; 2) Alguna de las partes de ese proceso civil sea imputado en la realización de actos de violencia de género; o 3) Se haya iniciado ante este Juzgado de Violencia sobre la mujer actuación penal por delito de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección.

Procesos no dispositivos: a) procesos sobre la capacidad de las personas; b) procesos sobre filiación, paternidad y maternidad; c) eficacia de las resoluciones eclesiásticas; d) procesos sobre guarda, custodia y alimentos de menores; e) protección de menores y adopción; f) tutela de derechos fundamentales en el ámbito civil; g) disolución o suspensión de partido político.

- **División judicial de patrimonios.** El Título II del Libro Cuarto de la LEC/2000, referido a los «Procedimientos especiales», y bajo el epígrafe «De la división judicial de patrimonios», incluye dos tipos de actuaciones judiciales cuyo objeto genérico es liquidar y repartir un conjunto patrimonial entre quienes teniendo derecho a él no se ponen de acuerdo para su reparto. Se puede distinguir entre: a) División de patrimonios hereditarios y b) Liquidación del régimen económico matrimonial.

Caso docente núm. 30. Caso práctico de procesos matrimoniales

SUPUESTO DE HECHO

Antonio Pérez, de nacionalidad española, contrae matrimonio en España con Mary McHenry, de nacionalidad norteamericana. Después de la boda, se trasladan a vivir a Estados Unidos durante dos años. Fruto de esta relación nace Manuel. Debido a desavenencias conyugales, ambos deciden poner fin a su matrimonio de modo consensuado. Antonio regresa a España, donde establece su nuevo domicilio, y presenta la demanda de divorcio aquí.

Cuestiones

1. ¿Dónde puede Antonio presentar la demanda de divorcio?
2. ¿Qué documentos deben acompañar a la demanda?
3. ¿Qué medidas previas podría solicitar Antonio?

Lección 31.ª Tutela privilegiada del crédito: Proceso monitorio, cambiario e hipotecario

Proceso monitorio

- El proceso monitorio es un instrumento cuya idea esencial es crear rápidamente un título ejecutivo sin necesidad de proceso ordinario previo, con la sola base de que la parte interesada presente ante el tribunal un documento con el que fundadamente pueda acreditarse una deuda dineraria vencida, líquida y exigible (arts. 812-818 LEC).
- **Objeto** del proceso monitorio: es el mecanismo adecuado para resolver las pretensiones fundadas en la exigencia de pago de una deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada, que venga justificada documentalmente conforme a la Ley.
- **Características:**
 1. Instrumento válido para la protección específica del crédito desde un punto de vista procesal, pues se permite que determinados documentos, los no cualificados, puedan dar lugar a través de un rápido procedimiento a su inmediata satisfacción judicial.
 2. Ausencia de audiencia inmediata del deudor, que queda aplazada en el siguiente sentido: La LEC no opta por que el tribunal dicte directamente sentencia de condena ante el impago del demandado, sino que prevé la transformación del proceso especial en ordinario si el deudor demandado se opone (art. 818 LEC), o permite entrar directamente en ejecución si no comparece (art. 816 LEC).
 3. El documento exige además el requisito de expresar una deuda dineraria vencida y exigible (art. 812.1 LEC) por tanto, ha de ser líquido y puro, no sujeto a obligación del acreedor.

Juicio cambiario

- Solo procederá el juicio cambiario si, al incoarlo, se presenta letra de cambio, cheque o pagaré que reúna los requisitos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque (arts. 819-827 LEC); el tribunal analizará de oficio la corrección formal del título cambiario. La objetiva se atribuye solo a los Juzgados de Primera Instancia, y la territorial, al Juzgado del domicilio del demandado.
- **Procedimiento:** Se pueden distinguir dos posibilidades: Juicio sin oposición (arts. 821-827 LEC) y Sustanciación de la oposición cambiaria (art. 826 LEC).

Ejecución hipotecaria

- Al acreedor que tiene su crédito garantizado con hipoteca, la ley le ofrece toda una serie de opciones procesales entre las que puede elegir, basando su decisión en lo que estime más conveniente para la defensa de su derecho y siempre que concurren los presupuestos procesales, siendo relevantes las ejecutivas.
- Ante la existencia de una escritura de constitución de una hipoteca, se plantean dos opciones: *a)* Si concurren los presupuestos procesales del art. 682 LEC: proceso especial de ejecución dineraria; *b)* Proceso de ejecución común.
- **Proceso especial de ejecución hipotecaria** (arts. 681-698 LEC): comprende la hipoteca inmobiliaria, la hipoteca mobiliaria y la hipoteca naval. El proceso especial se justifica con la existencia de un título ejecutivo, que es la escritura pública de constitución de hipoteca, en el cual tienen que concurrir requisitos especiales: *a)* Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio de tasación de la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta; *b)* Que en la misma escritura conste un domicilio, que fijará el deudor para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

Caso docente núm. 31. A) *Caso práctico de proceso monitorio;*
B) *Caso práctico de ejecución hipotecaria*

A) Caso práctico de proceso monitorio

SUPUESTO DE HECHO

Don Manuel adquiere a su amigo Don Alberto..... el vehículo propiedad de este, marca, modelo, de 10 años de antigüedad, cuyo precio es de 12.000 euros (DOCE MIL EUROS). Ambas partes residen en la misma capital.

Inicialmente la forma de pago iba a ser al contado, pero dada la amistad entre ambos se acuerda un fraccionamiento en cuanto al pago del mismo, de forma que en el momento de la entrega se abone la mitad, esto es, 6.000 euros, y el resto en dos pagos consecutivos iguales y mensuales de 3.000 euros, pagaderos en la cuenta abierta a nombre del vendedor nº, en la entidad bancaria, durante los cinco primeros días de cada mes; fórmula de pago que constaría en el contrato de compraventa que ambos firmasen.

Lo anterior se documentó a través del correspondiente contrato privado, extendido por duplicado y firmado por ambas partes, el 15 de julio de 2010.

Tras el pago puntual de la primera mensualidad, y debido a que el citado vehículo tenía pérdidas de aceite, que se manifestaron antes de vencer el segundo y último pago, llegado el vencimiento de este y ante la negativa del vendedor de acceder a repararlas, Don José no efectuó en tiempo y forma el ingreso de esta última mensualidad (3.000 euros), creándose entre ambos una situación problemática y con pocas posibilidades de solución.

Tras requerir el vendedor a Don Manuel el pago de la cantidad aplazada y negándose rotundamente este a hacerla efectiva, Don Alberto se pregunta qué posibilidades tiene de reclamar la deuda judicialmente de la forma más rápida y económica posible.

Cuestiones

1. ¿Cuál sería el procedimiento adecuado en esta situación? Razona tu respuesta.
2. ¿Qué denominación recibe el escrito en la LEC en estos procedimientos? ¿Es necesaria postulación procesal? **¿Qué documentos deberían acompañar a este escrito?**
3. ¿Ante qué tribunal deberá presentar el correspondiente escrito?
4. ¿Cuál es el plazo previsto en la ley para el requerimiento del pago?
5. ¿Qué posibilidades tiene el deudor?

B) Caso práctico de ejecución hipotecaria

SUPUESTO DE HECHO

José Martínez, ciudadano de Castellón, quiere comprar una vivienda, y para ello acude a una entidad bancaria conocida como Bancasas que le concede un crédito hipotecario para la adquisición de este bien inmueble. Tras la situación de crisis económica que actualmente se está produciendo a nivel mundial, José pierde su empleo y no puede seguir haciendo frente al pago mensual de su hipoteca.

Cuestiones

1. ¿Qué posibilidades tiene la entidad bancaria para poder cobrar su deuda?
2. ¿Contra quién se deberá dirigir la demanda? ¿Qué documentos han de acompañarse a la misma?
3. ¿Ante qué juzgado deberá presentarse la demanda?
4. ¿Cuáles son las posibilidades que tiene el deudor?

Lección 32.^a El proceso concursal

Con el proceso concursal se pretende la satisfacción de los acreedores, bien a través de la salvación de la empresa en crisis o bien, si no hay más remedio, llegando a la liquidación de la misma.

El órgano competente para conocer del proceso concursal es el Juzgado de lo Mercantil, que tiene competencia exclusiva y excluyente en las materias especificadas en el art. 8 de la LConc.

Órganos del concurso: el JMerc es ayudado en sus funciones por la Administración Concursal (órgano colegiado compuesto por un abogado y un profesional económico experimentados y por un acreedor en representación del crédito debido (art. 27 LConc)), así como por la Junta de Acreedores, cuya misión es aprobar el convenio realizado cuando la ley así lo autorice (arts. 116 y ss. LConc).

Son partes:

- 1) Los *acreedores* (art. 3 LCon), quienes serán parte actora si son los que han instado el concurso del deudor o parte demandada, si es el deudor el que solicita su propio concurso. Deben comparecer en forma y estar defendidos por letrado y representados por procurador; si no comparecen en forma, sólo pueden examinar los autos.
- 2) El *deudor o deudores* (art. 1.1 y 3.2 LConc), persona natural o jurídica, no es necesario que comparezca en forma, pero debe estar asistido por letrado y representado por procurador, salvo la excepción prevista para los trabajadores, de conformidad con la LPL.
- 3) Las *personas que tengan un interés legítimo*, cuando el deudor sea una persona jurídica.
- 4) El *Fondo de Garantía Salarial* es parte demandada si en proceso concursal puede derivarse su responsabilidad para el abono de salarios e indemnizaciones de los trabajadores (art. 184.1 LConc).
- 5) El *Ministerio Fiscal*, a quien corresponde defender la legalidad en el trámite de calificación del concurso (art. 184.1 LConc).

Existen el proceso concursal ordinario y el abreviado, modalidad simplificada del primero.

El proceso concursal ordinario consta de las siguientes fases: 1) Solicitud (demanda) de declaración del concurso. Si el escrito de solicitud lo presentan los acreedores o demás personas legitimadas, el proceso concursal se denomina concurso necesario,

mientras que si lo insta el deudor, se trata de un concurso voluntario (art. 22 LConc). 2) Análisis judicial de la demanda y declaración del concurso o no a través de auto por el JMERC (art. 21 LConc). El auto por el que se declara el concurso es inmediatamente ejecutivo, independientemente de que se recurra o no. Si el auto declarando el concurso fuera revocado por la AP, se declarará por el MERC concluso el concurso, al que se podrán oponer los acreedores por el trámite del incidente concursal (art. 176.1 y 5 LConc). Si continúa, se abre la: 3) Fase común de tramitación (ar. 21.2 LConc). La fase final es 4) Terminación, que puede ser por convenio o por liquidación.

El proceso concursal abreviado (arts. 190-191 LConc) procede cuando el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 10.000.000 de euros.

El incidente concursal (arts. 192-196 LConc) es el cauce para resolver todos los incidentes que no tengan una tramitación especial ni en la LConc ni en la LEC, por remisión expresa de aquella.

Caso docente núm. 32. Audiencia Provincial de Castellón
(Sección 3ª), auto núm. 243/2009, de 25 de noviembre

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación civil número 396 de 2009
Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón
Juicio Concursal Abreviado número 283 de 2009

AUTO NÚM. 243 de 2009

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don JOSÉ MANUEL MARCO COS

Magistradas:

Doña ADELA BARDÓN MARTÍNEZ

Doña Mª ANGELES GIL MARQUÉS

En la Ciudad de Castellón, a veinticinco de noviembre de dos mil nueve.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra el Auto dictado el día once de junio de dos mil nueve por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en los autos de Juicio Concursal Abreviado seguidos en dicho Juzgado con el número 283 de 2009.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Don Marcial, representado/a por el/a Procurador/a D^{ra}. Eva María Pesudo Arenós y defendido/a por el/a Letrado/a D^{ra}. Agustín Cruz Nuñez.

Es Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^{ra}. ADELA BARDÓN MARTÍNEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte Dispositiva del Auto apelado literalmente establece: «No haber lugar a declarar en estado de concurso voluntario a D. Marcial en virtud de demanda presentada ante este Juzgado en su nombre y representación por la procuradora Sra. Pesudo Arenós.- MODO...- Lo acuerda...-».

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de Don Marcial, se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte resolución en la que acuerde haber lugar a declarar en estado de Concurso voluntario al apelante.

Por Providencia de fecha 29 de septiembre de 2009 se formó el presente Rollo y se designó Magistrada Ponente, y por Providencia de fecha 12 de noviembre de 2009 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 16 de noviembre de 2009, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los de la resolución recurrida en cuanto no resulten contrarios a los siguientes:

PRIMERO

El Juez mercantil ha desestimado declarar el concurso voluntario de D. Marcial y lo ha hecho por dos motivos diferentes que conducen a ese pronunciamiento.

En primer lugar por no resultar competente territorialmente ese Juzgado al constar que el demandante tiene su domicilio en la provincia de Barcelona y al no haber intentado justificar que el centro de los intereses principales del demandado se encuentra en el territorio de la jurisdicción de Castellón.

Expone además que no se aprecia que concurra una pluralidad de acreedores, ya que de la documentación aportada tan solo puede entenderse acreditadas deudas con el BBVA y siendo el resto de acreedores con los que se complementa la lista de carácter residual, sin que puedan integrar la masa pasiva.

Interpone recurso de apelación frente a esta resolución el promotor del procedimiento de concurso voluntario, D. Marcial en el que hace referencia a que es la segunda vez que esa parte insta la solicitud de concurso voluntario, al haberlo hecho con anterioridad de forma acumulada con la mercantil Indeme Habitat S.L., junto con otros tres socios más que eran avalistas personales, e insiste en que debió de haberse respetado su solicitud inicial.

Califica de error el hecho de que el juzgado indique que el domicilio de esa parte está en Barcelona, ya que él reside en Benicarló, viajando semanalmente a Barcelona y expone que si se hubieran acumulado los concursos se habrían cumplido con creces dicho requisito, al tener el resto de socios su domicilio en Benicarló.

Se refiere a que de acuerdo con lo establecido en el artículo 25-1 de la Ley Concursal es la propia administración concursal la que debe solicitar la acumulación de concursos, por lo que debe ser admitido el presentado, sin que ello implique que se produjera una confusión de masas, sino una tramitación coordinada de los procesos concursales.

Y en cuanto a la pluralidad de acreedores, considera que la Ley deja este tipo de cuestiones al propio administrador concursal, quien debe calificar los distintos créditos. Relata que con BBVA existen tres hipotecas sobre tres inmuebles de sus hermanos y que lo que se busca es un convenio con dicha entidad y con el resto de acreedores y que ante la negativa de la admisión del concurso, ello conllevará la ejecución de dichos avales, perjudicando a los acreedores, al ser posible el convenio y ser su voluntad la del pago total, por lo que solicita se revoque la resolución dictada y se acuerde su declaración del estado de Concurso Voluntario.

SEGUNDO

Una vez examinada la documentación acompañada por el solicitante de la declaración de concurso voluntario, entiende la Sala que el criterio del Juez mercantil es correcto y que no procede la declaración del concurso voluntario que se solicita.

Alega el recurrente de forma reiterada la necesidad de que se acumule el concurso solicitado al de la mercantil del que es socio, Indeme Habitat S.L., lo que no es objeto de la resolución recurrida en la que únicamente se analizan dos cuestiones por las que se estima que no procede la declaración de concurso.

Respecto de la primera cuestión se concreta en la apreciación de la falta de competencia territorial, y si bien entendemos que, como ya dijimos en nuestro Auto nº 144 de fecha 1 de julio de 2009, se debió seguir el trámite previsto en el artículo 58 de la LEC, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, acordando la remisión de las actuaciones al órgano que se estime competente, en el caso enjuiciado siquiera por razones de economía procesal no es necesario entrar en ese debate no planteado por el apelante toda vez que se menciona otra segunda razón para esa denegación de la declaración instada, motivo que ya adelantamos entendemos concurrente, lo que determina la confirmación de la resolución recurrida.

No obstante y para dar respuesta a los argumentos del recurrente, alega el mismo que reside en Benicarló, junto a su pareja y que únicamente viaja semanalmente a Barcelona, lo que no acredita siendo lo cierto que en el poder de representación, en su DNI y en el escrito que acompaña a su demanda, folio 41, indica en todos ellos que reside en la ciudad de Barcelona.

Entrando en el motivo que entendemos fundamental para confirmar la denegación de la declaración del concurso, se refiere el Juez mercantil a la falta de una pluralidad de acreedores, ya que el único que como tal consta es el BBVA y si bien se citan otros acreedores, dice el Juez «a quo», que merecen el calificativo de residuales y que no pueden integrar la masa pasiva. Esto no se niega en el recurso, sin embargo se dice que es una cuestión que el Administrador Concursal ha de decidir al calificar los créditos, insistiendo en que tienen tres hipotecas con el BBVA y que lo que se busca es un convenio y pagar la totalidad de la deuda.

No se desvirtúa con ello ni se opone que existe un único acreedor que como tal puede integrar la masa pasiva que es el BBVA. Como se indicaba en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) nº 185 de fecha 14 de junio de 2007, existen otros presupuestos del concurso no presentes expresamente en los artículos 2, 3, 6 y 7 de la LEC que determinan su inadmisión cuando no concurren, como es la existencia de una pluralidad de acreedores.

En el mismo sentido podemos citar las Sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 11 de abril de 2006 y de fecha 29 de abril de 2009.

También esta misma Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, en nuestra resolución nº 206, de fecha 8 de octubre de 2009, en el supuesto de una petición de concurso de una socia del aquí recurrente, examinábamos dicha cuestión, argumentando que «La existencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso del deudor no es un requisito expresamente enunciado como tal en la vigente disciplina legal. Pero no cabe cuestionar su vigencia.

- a) En primer lugar, por razones de simple etimología. La palabra concurso, derivada del latín «concursum», significa concurrencia de varios en un mismo lugar o sobre un objeto. En suma, pluralidad, que en el caso ha de ser de acreedores respecto de un mismo deudor, pues si no es así no tiene sentido el orden procedimental a que obliga el proceso concursal. Dicho de otro modo, si no hay varios acreedores del mismo deudor, carece de sentido la declaración judicial de concurso, pues ni cabe poner orden en la pretensión de un solo acreedor, ni es necesario dicho cauce procesal, cuando a la satisfacción del crédito vigente ya sirve el procedimiento singular.
- b) Por otro lado, la falta de expresa mención en la Ley Concursal no excluye la evidencia de que dicho requisito se encuentra implícito en la misma.

Así resulta de la Exposición de Motivos, que se refiere a la finalidad de lograr igualdad de trato entre los acreedores, al orden de prelación que debe establecerse entre los mismos, señala que finalidad principal del concurso es la satisfacción de los acreedores, cita la denominación de «concurso» como expresiva de la concurrencia de varios acreedores sobre el patrimonio del deudor común, señala a los acreedores como legitimados para solicitar el concurso del deudor, menciona la lista de acreedores (lo que exige pluralidad, pues en otro caso no tiene sentido la

existencia de una lista), habla de los efectos sobre los acreedores y de la Junta de acreedores, pondera el principio de igualdad de trato entre los acreedores, indica que la finalidad de todo concurso es alcanzar un acuerdo entre el deudor, etcétera.

También de varios de sus preceptos se deriva esa exigencia, como el art. 2.1, al exigir un «deudor común» a varios acreedores, el art. 3 que menciona a los acreedores en plural, el 4 que habla de «pluralidad de acreedores», el 6.º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una «relación de acreedores, por orden alfabético...», el 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor, el art. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud, el 21.1.5º en el llamamiento a los acreedores, el art. 49 y el art. 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una lista de acreedores por la administración concursal y, en fin, otros varios, como los arts. 27, 48.4, art. 51.1, 54.4, arts. 55.3, 84.2, 86.1, etc. En definitiva, el proceso concursal solamente se concibe si existe una pluralidad de acreedores, etc (en este mismo sentido, Auto AP Vizcaya, secc. 4ª, de 5 de mayo de 2007, entre otras resoluciones).

Pues bien, en el caso de autos, también por falta de este requisito se ha denegado la declaración de concurso. Y en este punto estamos de acuerdo con el juez de instancia. En el recurso no se combate este criterio, por más que se insista en las bondades de la situación concursal, incluso para el acreedor Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, único que cita la recurrente, por otra parte.

En cuanto a la posibilidad a que se refiere el recurso de que, con arreglo al art. 25.1 LC, el administrador concursal pueda «solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica», solo cabe recordar que para que se dé esta posibilidad primero deberá haberse declarado el concurso del socio personalmente responsable de la persona jurídica, que es precisamente lo que ahora se está dilucidando.

Carece, finalmente, de razón la parte apelante cuando arguye que la ley deja «este tipo de cuestiones» (sic) al administrador concursal, pese a que es más cierto que es el Juez competente quien debe examinar la procedencia de la petición y proveer la misma, tal como resulta del art. 14 de la Ley Concursal «Procede por ello y en definitiva desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida.

TERCERO

En cuanto a las costas de la alzada, no realizamos expresa imposición, al ser el recurrente la única parte del procedimiento, aún cuando desestimamos el recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don Marcial, contra el Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón en fecha once de junio de dos mil nueve, en autos de Juicio Concursal Abreviado seguidos con el número 283 de 9, CONFIRMANDO la resolución recurrida.

No realizamos expresa imposición de las costas de la alzada.

Notifíquese el presente Auto y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Cuestiones

1. ¿Cuál es el órgano competente territorialmente para conocer de un proceso concursal?
2. ¿Qué es el concurso voluntario?

Lección 33.^a Arbitraje

- El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos por la que dos partes, mediante un convenio (convenio arbitral), deciden acudir a un tercero imparcial, denominado árbitro, que impondrá una solución final y obligatoria, que las partes deben acoger. Esta solución es lo que se denomina laudo arbitral, y tiene la misma fuerza que una sentencia.
- El ámbito normativo de aplicación propio del arbitraje es la ley arbitral, ley 60/2003, de 23 de diciembre.
- Podemos encontrarnos con distintos tipos de arbitraje: arbitraje ritual o formal y arbitraje irritual o informal, arbitraje de derecho y arbitraje de equidad, arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*, arbitraje general y arbitrajes especiales, arbitraje internacional y arbitraje nacional, etc.
- Los árbitros podrán resolver la cuestión litigiosa tanto con sujeción a derecho, adecuando el laudo y el procedimiento al derecho sustantivo, como en equidad, según su buen y leal saber y entender, sin someterse a ninguna forma legal.
- El número de árbitros que va a resolver la controversia objeto de arbitraje podrá ser fijado libremente por las partes, siempre y cuando no se opte por el arbitraje institucional, en cuyo caso se estará a lo que digan los estatutos de dicha institución, o se diferirá a un tercero tal decisión. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles (que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión). No es ningún impedimento la nacionalidad.
- Presupuesto indispensable para que pueda desarrollarse el arbitraje es la existencia de un convenio arbitral en el que las partes reflejen su voluntad inequívoca de resolver el conflicto por esta vía.
- El convenio arbitral debe redactarse por escrito, si bien se permiten diversas modalidades: documento firmado por las partes o producto de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.
- Nuestra ley arbitral proclama dos efectos principales del convenio arbitral: *a*) el denominado efecto positivo o vinculante, en virtud del cual el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado, y comprende la exigencia de cumplimiento de las obligaciones *inter partes* que adquieren quienes han firmado el convenio arbitral; y *b*) el efecto negativo del convenio arbitral, por medio del cual el convenio impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.
- El laudo arbitral produce efecto de cosa juzgada. La cosa juzgada del laudo únicamente puede atacarse por medio de una acción de nulidad o a través de la interposición del recurso de revisión.

Caso docente núm. 33. Validez del convenio arbitral. Materias susceptibles de arbitraje. Procedimiento y formalidades
(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª)
núm. 498/2006, de 30 de octubre de 2006)

SENTENCIA

En Madrid, a treinta de octubre de dos mil seis.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid, recurso de nulidad de Laudo Arbitral, al que ha correspondido el Rollo Laudo núm. 4/05, en los que aparece como parte recurrente SOGECABLE, SA, representada por el procurador D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN, y como recurrida TENARIA, SA, representada por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, sobre nulidad de laudo arbitral, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por SOGECABLE, SA se ha promovido recurso de anulación del laudo arbitral 4/05; de lo que se ha dado traslado al recurrido TENARIA, SA, que lo ha impugnado dentro del término concedido, habiéndose substanciado el procedimiento por los trámites previstos legalmente.

SEGUNDO

Solicitada la celebración de vista pública, la misma tuvo lugar el día señalado, once de octubre de dos mil seis.

TERCERO

En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 40 y siguientes, en relación con su artículo 22.3, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3010), el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, representando a Sogecable, SA, interpuso recurso de nulidad contra la resolución –denominada «Acuerdo»– adoptada por la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en sesión celebrada el 3 de marzo de 2005, dentro del procedimiento arbitral instado por Tenaria, SA Alega la parte accionante, en síntesis: falta de arbitrabilidad de la cuestión objeto de arbitraje; inexistencia de contrato arbitral; incumplimiento de formalidades y principios esenciales en cuanto al nombramiento de los árbitros; concurrencia de justa causa de recusación del árbitro; e incumplimiento de formalidades y principios esenciales en el procedimiento arbitral seguido.

SEGUNDO

Prescindiendo de los antecedentes de hecho y consideraciones previas que se exponen en el escrito de impugnación que nos ocupa, entramos a examinar el primero de los motivos de anulación que invoca Sogecable, SA, esto es, la falta de arbitrabilidad de la cuestión objeto de arbitraje, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41, 1, e) de la Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010).

Se basa tal impugnación en la inexistencia de una relación material o controversia arbitrable entre Tenaria, SA y Sogecable, SA. Entiende la parte impugnante que el Acuerdo (laudo) descansa en la errónea consideración de que el arbitraje cabe para hacer efectivas las obligaciones o deberes jurídicos que se contienen en las Condiciones 9ª a 11ª del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 relativo a mercados distintos del de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos (publicado por orden ECO/19/2003) lo que supone sustituir la voluntad de Sogecable, SA por la imposición de referido Acuerdo; cuestiona la idoneidad de la vía elegida para el supuesto de que se entienda que ha existido incumplimiento de condiciones administrativas impuestas en la operación de concentración de Vía Digital en Sogecable, SA, y se remite a la Condición de vigesimoprimeras de los citados Acuerdos; lo que le permite concluir que sí cabe el arbitraje como «mecanismo ágil» de solución de controversias, pero sólo en el caso de aquellas que surjan en el seno de las relaciones intersubjetivas, privadas, disponibles por las partes en el marco de las relaciones contractuales.

Desestimamos tal impugnación. Sin entrar a conocer del supuesto incumplimiento de las condiciones administrativas que pudo imponer la citada operación de concentración, cuestión ajena a esta jurisdicción, cabe diferenciar perfectamente el ámbito de Derecho privado, susceptible de sumisión a arbitraje, del ámbito de control administrativo, encaminado a la salvaguarda y realización de un interés público como es la defensa de la competencia. Campos perfectamente diferenciados por las Condiciones vigésimo primera y vigésimo tercera del Acuerdo del Consejo de Ministros antedicho, del siguiente tenor literal:

«Vigésima primera.- El plan de actuaciones deberá incorporar un mecanismo de arbitraje privado para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en la aplicación de las condiciones primera, segunda, tercera, novena, décima, undécima, decimocuarta y decimoquinta, que Sogecable deberá ofrecer a cualquier tercero con el que contrate.

En el supuesto de que no se llegase a un acuerdo sobre el árbitro propuesto, Sogecable deberá proponer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente. Sogecable deberá suministrar a los árbitros que, en su caso, se determine toda la información necesaria para el correcto desempeño de su función, preservándose en todo caso la confidencialidad de aquella que contenga secretos comerciales.

Vigésimo tercera.- En virtud del artículo 18.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (RCL 1989, 1591), de Defensa de la Competencia, se encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia la ejecución y el cumplimiento del presente Acuerdo de Consejo de Ministros, sobre la base de los informes que, con carácter anual y puntual, evacúe la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con la supervisión de las condiciones anteriores(...).»

Circunscribiéndonos al primero de los ámbitos antedichos, esto es, al propio de Derecho privado, susceptible de sumisión a arbitraje en los términos expuestos, tampoco se puede acoger la alegación de Sogecable, SA según la cual ni ha existido su consentimiento, ni cabe apreciar la relación contractual necesaria para, de conformidad con la referida Condición vigésimo primera, aplicar el arbitraje que nos ocupa; en efecto, como ya fue resuelto en un caso semejante por la sentencia de 29 de julio de 2005 (AC 2005, 1547) dictada por la Sección 14 de esta Audiencia Provincial, el convenio arbitral no ha de aparecer plasmado materialmente en un concierto otorgado con unidad de acto de firma conjunta de ambas partes, sino que tan sólo requiere la constancia de la voluntad común e inequívoca de una y otra de someter la solución

de las controversias que se susciten a la decisión arbitral que se comprometen a aceptar. Ello se infiere de lo dispuesto en artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) , así como del artículo 8 del RD 1994/1996 (RCL 1996, 2471) por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones. En el mismo sentido se pronuncia de forma reiterada la jurisprudencia seguida, entre otras, por la STS de 9 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3893) y las que en ella se citan, cuando declara que lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las «fórmulas sacramentales» como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión arbitraje y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el artículo 3.2 de la Ley de 1988.

Aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa es claro el concurso de la voluntad de Sogecable, SA de cumplir las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 a las que se subordinaba la operación de concentración económica consistente en la integración de Vía Digital en Sogecable. La presentación por esta entidad del Plan de Actuaciones, aprobado por resolución del Director General de Defensa de la Competencia, de 3 de abril de 2003, que obra a los folios 291 y siguientes de las actuaciones, es prueba inequívoca de su consentimiento contractual, aunque este sea tácito y no conste expresamente recogido en contrato alguno suscrito con la contraparte. En el mismo sentido, el intercambio de comunicaciones cruzadas entre las partes ahora litigantes desde el 30 de julio del 2003 corrobora la aceptación por Sogecable, SA de aquellas Condiciones entre las que figuraba, como Vigésimo primera, la sumisión de esta compañía a arbitraje privado para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en la comercialización de canales emitidos a través de su plataforma digital a terceros programadores (folios 89 y siguientes).

TERCERO

Como segundo motivo de anulación, insiste Sogecable, SA en la inexistencia del convenio arbitral al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a) de la Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010).

Alega la impugnante que la voluntad arbitral, al tener que fundamentarse en la voluntad de las partes, no podía encontrarse en la Orden del Ministerio de Economía 19/2003, de 8 de enero, por la que se dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, toda vez que el mismo tan sólo preveía que Sogecable presentase al Servicio de Defensa de la Competencia el «plan detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones» en cumplimiento de la Condición Vigésimo primera. Según dicha parte, si la misma, aún aceptando el Acuerdo del Consejo de Ministros, no hubiese presentado el Plan de Actuaciones o en el mismo no se contuviese el mecanismo arbitral que debía posteriormente ofrecerse a terceros, no se habría formado ni expresado su voluntad arbitral.

Alegación irrelevante a los efectos que nos ocupan toda vez que, una vez presentado el antedicho Plan de Actuaciones, es a partir de entonces cuando Sogecable, SA prestó tácitamente su consentimiento a cumplir las Condiciones recogidas en dicho Acuerdo y, por tanto, desde que concurre su voluntad arbitral.

Continúa Sogecable, SA argumentando que, si de la Orden Ministerial antes citada nos trasladamos al Plan de Actuaciones que debía presentar dicha entidad a tenor de la Condición Vigésimo primera, las conclusiones seguirían siendo las mismas pues lo que el referido Plan preveía era que la propia Sogecable «... ofrecerá a los terceros con los que contrate en el marco del cumplimiento de dichas condiciones... la inclusión en sus respectivos contratos de una cláusula de arbitraje...», precisando que, según lo anterior, Sogecable no se obligaba en el Plan de Actuaciones a ofrecer (y, mucho menos, a aceptar) cualquier sistema o mecanismo de arbitraje sino el circunstanciado en el mismo; así, no habiendo celebrado contrato alguno con

Tenaria, SA, que –según Sogecable– se limitó a romper las negociaciones injustificadamente para presentar la demanda arbitral, no cabe apreciar la existencia de sumisión a arbitraje; si, en último término, se admitiese la existencia de propuesta arbitral por parte de Sogecable, SA, la misma no sería la que supone la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones sino la expresamente acotada en el Plan de Actuaciones.

Tal alegación se desestima; en efecto, reiterando que la aceptación por Sogecable, SA de las Condiciones contenidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros antedicho con la elaboración y posterior presentación del Plan de Actuaciones implicaba la aceptación del mecanismo de arbitraje privado que, para la resolución de los conflictos que pudieran surgir con otras empresas programadoras, contemplaba la reiterada Condición Vigésimoprimera, es claro que en las negociaciones que entablase con terceros en cumplimiento de aquel Acuerdo, necesariamente resulta de aplicación la antedicha sumisión a arbitraje privado; de otra forma cabría la posibilidad de que Sogecable, SA frustrase la finalidad del Acuerdo del Consejo de Ministros –consistente en permitir la prestación por otros programadores de canales que formaron parte de la plataforma digital de la empresa resultante de la concentración económica (Sogecable, SA)– simplemente dilatando de forma indefinida los términos de la negociación. Así, previendo el Plan de Actuaciones que Sogecable, SA ofreciese a los terceros con los que contratase la inclusión en sus respectivos contratos de una cláusula de arbitraje para la resolución de los conflictos que pudieran surgir respecto de la aplicación de los precios y demás condiciones acordadas en ellos, de aceptar la pretensión de la recurrente, bastaría con no llegar a perfeccionar tales contratos para que resultara inaplicable tal cláusula de arbitraje y, en consecuencia, ninguna otra empresa programadora pudiera beneficiarse de los servicios incluidos en la plataforma digital de Sogecable si no fuera aceptando las condiciones que unilateralmente esta sociedad impusiese.

CUARTO

Tercer motivo de anulación: incumplimiento de formalidades y principios esenciales en cuanto al nombramiento de los árbitros (RCL 2003, 3010).

Comienza este motivo impugnatorio considerando que, frente a lo establecido en el artículo 41.1.d) de la referida Ley en el sentido de que constituye motivo de anulación del laudo la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, en el presente caso la designación del árbitro se había realizado en total contradicción con el Acuerdo del Consejo de Ministros y con la Condición Séptima del Plan de Actuaciones.

Ciertamente en el referido Plan de Actuaciones se preveía que «el número de árbitros será uno, designado mediante acuerdo de ambas partes atendiendo a su independencia, imparcialidad y conocimiento en la materia en cuestión; que en el supuesto de no llegar a acuerdo sobre el único árbitro en un plazo de 14 días desde la solicitud de arbitraje, el número de árbitros sería de tres, con la designación de un árbitro por cada una de las partes; que los árbitros así designados cooptarían, en el plazo de siete días desde que hubiesen sido ambos nominados, al tercero, que asumiría la presidencia del Colegio Arbitral ante, que en el supuesto de no llegar a acuerdo en el referido plazo Sogecable propondría a la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente; y que, en este caso, el procedimiento arbitral se ajustaría a lo dispuesto en las normas que regulan la función arbitral de esta Comisión». Es igualmente cierto que en el presente caso la actuación de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones no ha sido consecuencia de que los árbitros previamente designados por cada parte no hubiesen designado al tercero en el plazo anteriormente previsto; ahora bien, admitiendo que ello supone una irregularidad y que no se ha observado estrictamente el procedimiento previsto en el Plan de Actuaciones, tampoco es de ignorar que la Condición Vigésimoprimera del reiterado Acuerdo del Consejo de Ministros, después de establecer en su primer párrafo que el plan

de actuaciones debería incorporar un mecanismo de arbitraje privado, disponía en el párrafo segundo que, en el supuesto de que no se llegase a un acuerdo sobre el árbitro propuesto, Sogecable debería proponer a la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente. Así pues, lo sucedido en el caso de autos no es sino consecuencia de aplicar el método subsidiario contemplado en dicho Acuerdo para la designación de árbitro independiente y, en última instancia, coincidía con la última posibilidad prevista en el Plan de Actuaciones elaborado y propuesto por la propia parte impugnante; por ello la inobservancia estricta del método contemplado en dicho Plan no constituye causa suficiente para la anulación del laudo.

Cuestiona también Sogecable, SA las formalidades y principios esenciales, que considera inobservados, en cuanto se refiere a la condición profesional de los árbitros, que, tratándose de un arbitraje de Derecho, entiende que deberían ser «abogados en el ejercicio». Frente a tal alegación tampoco se ha de ignorar que, según se ha expuesto, en el propio Plan de Actuación elaborado por Sogecable se contemplaba que cuando dicha entidad propusiese a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente, el procedimiento arbitral se ajustaría a lo dispuesto en las normas que regulan la función arbitral de dicha Comisión. Ello implica dotar a dicha entidad de la naturaleza de «árbitro institucional» regido por su propia normativa, esto es, por su propio Reglamento (1994/1996 [RCL 1996, 2471]), consecuencia igualmente de aplicar lo dispuesto en el artículo 14.2 de la vigente Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre [RCL 2003, 3010]), a cuyo tenor «las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios Reglamentos», así como de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley de Arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre [RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783]) que, si bien comenzaba estableciendo que en el caso de que las partes no hubiesen optado expresamente por el arbitraje de derecho los árbitros resolverían en equidad, contemplaba también la posibilidad de que se hubiese encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación y, para tal supuesto, imponía que se estuviese a lo que resultase de su reglamento.

QUINTO

Cuarto motivo de anulación: concurrencia de justa causa de recusación del árbitro [artículos 18.3 y 41.1.d) y f) de la Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010)].

Alega Sogecable, SA el presente motivo impugnatorio al amparo de lo dispuesto en el artículo 18.3, así como en relación con el artículo 41.1, apartados d) y f), de la Ley de Arbitraje toda vez que antes de que Tenaria, SA acudiese ante la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones interesando el arbitraje, este organismo había actuado en el ejercicio de las potestades administrativas que el ordenamiento jurídico le atribuye, valorando si Sogecable se había ajustado en su actuación a las Condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros, concurriendo las causas de recusación previstas en el artículo 219.13ª y/o 16ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635).

Frente a dicha alegación es de significar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de la Comisión (aprobado por RD 1994/1996, de 6 de septiembre [RCL 1996, 2471]) «la recusación de los miembros de la Comisión en el ejercicio de su función arbitral sólo puede promoverse en los casos señalados por el artículo 28.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), en los términos establecidos por los artículos 17. 2 y 3 y 18 de la Ley de Arbitraje, salvo en lo relativo a la sustitución de los árbitros, que no será posible». Ello redunda en la naturaleza institucional del presente arbitraje, sometido a una regulación específica –contenida en su reglamento– que prevalece frente a las normas genéricas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) y que, según se recogía en el «Fundamento de Derecho Decimosegundo «de la sentencia dictada por la Sección núm. 14 de esta Audiencia Provincial el 29 de julio de 2005 (AC 2005, 1547), permite una actuación

paralela de la citada Comisión, en el ámbito del derecho privado y en el administrativo, que no puede equipararse a las causas de recusación invocadas.

En cualquier caso, sin perjuicio del derecho que pueda asistir a cualquiera de las partes litigantes para solicitar la anulación del laudo que decida el arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1.d) y f) de la Ley 60/2003 (RCL 2003, 3010), no cabe en el presente momento procesal examinar tales cuestiones salvo desde la estricta perspectiva de la propia admisión del arbitraje por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyo acuerdo adoptado en la sesión de 3 de marzo de 2005 limita el objeto de la presente anulación; y, abundando en lo anterior, no se ha de olvidar que el arbitraje sometido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fue una de las Condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 cuando dispuso en su Condición Vigésimoprimer, párrafo segundo, que «en el supuesto de que no se llegase a un acuerdo sobre el árbitro propuesto, Sogecable deberá proponer a la Comisión del mercado de las telecomunicaciones como árbitro independiente». Condición que, según se ha expuesto, fue aceptada por Sogecable, SA para beneficiarse de la concentración económica que implicaba la integración de «DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, Sociedad Anónima» (Vía Digital), en «Sogecable, Sociedad anónima» (Sogecable), cuya publicación fue acordada por Orden ECO 19/2003, de ocho de enero; por lo expuesto se desestima el presente motivo impugnatorio.

SEXTO

Quinto motivo: incumplimiento de formalidades y principios esenciales en el procedimiento arbitral seguido [artículo 41.1. b), d) y f) de la Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010).

Según la parte impugnante, se le ha causado perjuicio e indefensión al introducir el órgano arbitral en su resolución de 14 de abril de 2005 la cuestión de aplicabilidad del artículo 22.3 de la Ley de Arbitraje, apartándose del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (RCL 1996, 2471) –que, en este caso, no duda Sogecable, SA en admitir que es el regulador del arbitraje institucional, según el artículo 14.2 de la citada Ley dando lugar a una actuación errática que aplicaba a su conveniencia los preceptos de la referida Ley de Arbitraje o los del Reglamento de la Comisión.

Tal motivo impugnatorio es igualmente rechazado pues, sin perjuicio de la anulación del laudo resolutorio del presente arbitraje que pueda solicitar cualquiera de las partes litigantes al amparo de los motivos invocados, o de cualquier otro previsto en el reiterado artículo 41 de la Ley de Arbitraje, nos remitimos a lo anteriormente expuesto en el sentido de que en el presente momento procesal tan sólo cabe debatir la procedencia o improcedencia de la admisión del arbitraje por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En cualquier caso, no apreciamos indefensión alguna por el hecho de que aquella Comisión admitiese, además de los medios impugnatorios expresamente previstos en su Reglamento para quienes se sometían a su arbitraje, la posibilidad de acudir a la vía impugnatoria prevista en el artículo 22.3 de la Ley de Arbitraje, pues ello, a lo sumo, refuerza la tutela judicial efectiva que se dispensa a las partes del arbitraje añadiéndoles una garantía (sometida al control de los tribunales) además de las expresamente contempladas en el Reglamento. La disparidad de los preceptos de la Ley de Arbitraje y del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en absoluto contradictorios, no genera indefensión a ninguna de las partes cuando, precisamente en caso de duda, se interpretan reconociéndoles el derecho a acudir a todos los medios impugnatorios compatibles.

Por cuanto antecede desestimamos los motivos de impugnación que se alegan y confirmamos la resolución (denominada «Acuerdo») cuya anulación se ha solicitado.

SÉPTIMO

A tenor de lo dispuesto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), se impone a la parte impugnante el pago de las costas causadas con ocasión del recurso dada su desestimación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO interpuesto por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, representando a Sogecable, SA, contra la resolución –denominada «Acuerdo»– adoptada por la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), en sesión celebrada el 3 de marzo de 2005, DECLARAMOS NO HABER LUGAR A ANULAR la citada resolución, imponiendo a cada parte impugnante las costas causadas con ocasión del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

Cuestiones

1. ¿Qué resulta decisivo para la validez de un convenio arbitral?
2. ¿Qué cuestiones son susceptibles de arbitraje?
3. ¿Cómo se designan a los árbitros?
4. ¿En qué consiste un arbitraje institucional?
5. ¿Puede recusarse a un árbitro? ¿En qué supuestos?

Lección 34.^a Jurisdicción voluntaria

La jurisdicción voluntaria es un conjunto de actos, realizados o no ante el juez, a través de los cuales determinadas personas autorizadas u obligadas a ello, sin existir controversia normalmente, y en principio de carácter voluntario, solicitan el cumplimiento de normas de derecho privado, con el fin de obtener una resolución, por regla general de carácter constitutivo, a través de la cual se creen, modifiquen o supriman, según los casos previstos, estados o relaciones jurídicas civiles o comerciales.

Los jueces que intervienen en los actos de jurisdicción voluntaria no ejercen jurisdicción, porque no actúan irrevocablemente el derecho respondiendo a una pretensión, inexistente al faltar la controversia.

Los actos de jurisdicción voluntaria se pueden clasificar, atendiendo a la naturaleza jurídica sobre la que versa el acto, en actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, y actos de jurisdicción voluntaria en materia mercantil o comercial.

Los actos de jurisdicción voluntaria tienen, aparte de su normativa propia, unas disposiciones que se aplican con carácter general a todos ellos, que son los arts. 1811-1824 LEC/1881). Por tanto, la primera norma a aplicar es la prevista para cada acto, sea civil o comercial, y en su defecto, se aplicarían las normas comunes de los arts. 1811 y ss., que hacen referencia a las siguientes materias: 1) Órgano competente para conoce de los actos de jurisdicción voluntaria en los que interviene un juez; 2) A los sujetos intervinientes en los actos de jurisdicción voluntaria; 3) A los actos procedimentales; 4) Al objeto del acto; 5) A la solicitud y oposición; 6) A la prueba; 7) A la resolución y efectos; 8) A los recursos.

Los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio tienen, además, unas disposiciones generales, a añadir a las anteriores.

¿Qué normativa se debe, por tanto, aplicar?

Se aplica en primer lugar la normativa específica para cada negocio en particular, bien sea en la LEC, bien en el Cdc.

En su defecto, las disposiciones generales previstas con carácter específico para todos los actos de jurisdicción voluntaria en materia de negocios de comercio.

Si no se pudiese encontrar la norma a aplicar, serán subsidiarias las disposiciones generales previstas para todos los actos de jurisdicción voluntaria (arts. 1811-1824 LEC/1881).

La enumeración y objeto de los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil y materia de negocios de comercio se exponen en el manual, al que nos remitimos, dada su extensión.

Caso docente núm. 34. Audiencia Provincial de Madrid
(Sección 24^a), auto núm. 455/2010, de 15 de abril

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 1353/2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

AUTO: 00455/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24^a

Rollo n°: 1353/09

Autos n°: 617/09

Procedencia: Juzgado de 1^a Instancia n° 1 de Móstoles

P. Apelante-demandante: DON Carlos Manuel

Procurador: DON CARLOS JOSE NAVARRO GUTIERREZ

P. Apelante-demandada: DOÑA Apolonia

Procurador: D. JOSE LUIS FERRER RECUERO

Ponente: Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CORREAS GONZALEZ

AUTO N° 455

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CORREAS GONZALEZ

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. D^a María José de la Vega Llanes

En Madrid a 15 de abril de 2010

Vistos en grado de apelación por la Sección 24^a de esta Audiencia Provincial, los autos sobre rendición de cuentas n° 617/09; procedentes del Juzgado de 1^a Instancia número 1 de Móstoles; y seguidos entre partes; de una, como apelante-demandante, DON Carlos Manuel, representado por el Procurador DON CARLOS JOSE NAVARRO GUTIERREZ; y de otra, como parte apelante-demandada, DOÑA Apolonia, representada por el Procurador D. JOSE LUIS FERRER RECUERO; y siendo Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CORREAS GONZALEZ, que expresa el parecer de la misma.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 14 de septiembre de 2009, por el Juzgado de 1^a Instancia n° 1 de Móstoles, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: ACUERDA: En atención a lo expuesto, acuerdo aprobar la rendición de cuentas presentada por el administrador don Carlos Manuel, en los términos que obran en la presente resolución, de la que resulta una liquidación final en virtud de la cual doña Apolonia deberá abonar a don Carlos Manuel la cantidad de 11.428,09 € así como los intereses legales que se devenguen hasta su completo pago, conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello sin expreso pronunciamiento sobre costas procesales.

TERCERO.- Notificada la anterior resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de D. Carlos Manuel, a fin de conseguir su revocación, y la Sala, en su lugar, estimando el recurso, fije el saldo debido a favor de esta parte en 18.552,84 €; y ello por lo argumentado en el escrito de fecha 28 de octubre de 2009.

CUARTO.- Igualmente, la indicada resolución fue recurrida en apelación por la representación legal de D^a Apolonia para que se compute a favor de dicha señora y contra el patrimonio ganancial la mitad de las cantidades abonadas por el Administrador para pago de partidas que no han sido probados que fueran de cargo de los gananciales; igualmente por las cantidades dispuestas unilateralmente por el Administrador para su exclusivo beneficio; no debe computarse ningún crédito del Sr. Carlos Manuel contra el patrimonio ganancial; y, finalmente, no debe deducirse del crédito a favor de esta parte con cargo al patrimonio ganancial, la suma de 20.470,97 € por las razones que se indican; y todo ello en virtud de lo argumentado en el escrito de fecha 22 de octubre de 2009.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, debido al volumen de asuntos que pesan sobre el Magistrado Ponente.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

Antes que nada, cabe advertir que estamos en un procedimiento de jurisdicción voluntaria y para una mejor comprensión de lo que después se dirá conviene al caso recordar lo que al respecto dijo la doctrina más autorizada de los autores. Así, para Carnelutti el proceso jurisdiccional puede ser contencioso y voluntario, equiparando este último a la jurisdicción voluntaria. Funda la diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario en la distinción entre conflicto actual y conflicto potencial de intereses; el proceso contencioso es un tipo de proceso caracterizado por el fin que consiste en la justa composición de la litis y el proceso voluntario actúa para prevenir la litis. Sigue diciendo este autor que la prevención de la litis es el fin específico del proceso voluntario, el cual está con respecto al proceso contencioso en la misma relación que la higiene con la cura de las enfermedades. Hace la indicación de que el proceso contencioso le ha parecido durante largo tiempo, sino la única figura del proceso, por lo menos la verdadera, de tal modo que su figura complementaria (el proceso voluntario) merecía llamarse (proceso impropio).

SEGUNDO

Estima Chiovenda que la jurisdicción voluntaria es una actividad del Estado, ejercida en parte por los órganos judiciales y en parte por los administrativos, que pertenece a la función administrativa. En la misma línea Calamadre dice: «la jurisdicción voluntaria entra en la rama más vasta de la función administrativa que se suele llamar: «administración pública de derecho privado». La antigua L.E.C. aún vigente en esta esfera da una definición de la jurisdicción voluntaria, partiendo de los negocios que a la misma asigna diciendo: «se consideran actos (o negocios) de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». (art. 1811 L.E.C.). El concepto es acertado incluso cuando se limita únicamente a los actos o negocios que se encomiendan a los jueces. Es de observar que otros muchos actos o negocios similares se atribuyen a los Notarios, Registradores, Encargados del Registro Civil, etc. Por lo dicho se impone una distinción: actos o negocios de naturaleza administrativa, aunque recaen sobre materia jurídico privada encomendados a los jueces, por una parte; y actos y negocios de esa misma naturaleza atribuidos a órganos no judiciales, por otra. En el procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, como la actividad que realizan los jueces no es jurisdiccional, no se puede hablar, a diferencia del proceso, de partes, sino de

interesados (solicitante, solicitado) e intervinientes; pues en dichos procedimientos no se trata de declarar un derecho contra otro. Finalmente, cabe indicar que cuando se formule oposición en el incidente de jurisdicción voluntaria, este se hará contencioso quedando sometido a la sustanciación del juicio o proceso que corresponda como dispone el art. 1817 de la L.E.C.

TERCERO

Pues bien, partiendo de los que antecede, del estudio de las actuaciones y tras valoración conjunta de la prueba obrante en autos; cabe decir en este momento, que en la presente esfera de jurisdicción voluntaria en la que se precisa la intervención del Juez pero sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, lo que es correcto es dar por aprobada, como así se hace, la rendición de cuentas, mejor o peor, pues no siempre quien administra y después debe rendir cuentas, es un experto o perito contable; por ello, ante la evidente oposición de las partes, intereses fuertemente contrapuestos, ambos han apelado, es lo propio invitar o remitir a las partes al proceso declarativo ordinario contencioso para que en el mismo puedan, si así procede en Derecho, formular las pretensiones que crean conveniente más allá de aprobarse las cuentas que se han rendido. Es decir, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no se puede, como se ha hecho, condenar a una de las partes a abonar a la otra 11.428,09 € y es en este aspecto en el que procederá estimar el recurso de la representación legal de la Sra. Apolonia pues, se insiste; en jurisdicción voluntaria solo cabe aprobar o no las cuentas, y, aprobadas, quien se sienta perjudicado, (rescisión por lesión, reclamación de cantidad, etc.) deberá entablar el pertinente proceso contencioso para obtener, ahora sí, un pronunciamiento de condena. Por tanto, en consonancia con cuanto antecede y en virtud de las máximas «iura novit curia» y «da mihi factum, dabo tibi ius», procede solamente estimar el recurso de la Sra. Apolonia y absolverla de la cantidad en la que se le ha condenado.

CUARTO

Por lo que se refiere a las costas de la presente alzada, en virtud de lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la L.E.C. y de la flexibilidad que permiten dichos preceptos; no procede hacer pronunciamiento de condena a ninguna de las partes; en un caso al estimarse parcialmente el recurso, en el otro, no obstante su desestimación, en atención a la naturaleza del pleito y de las circunstancias concurrentes.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

III.- D I S P O N E M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Carlos Manuel, representado por el Procurador D. CARLOS JOSE NAVARRO GUTIERREZ; y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a Apolonia, representada por el Procurador D. JOSE LUIS FERRER RECUERO; contra el auto de fecha 14 de septiembre de 2009; del Juzgado de 1^a Instancia n^o 1 de Móstoles; dictado en el procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre rendición de cuentas n^o 617/09; con aprobación de las mismas tras la rendición; debemos absolver y absolvemos a la Sra. Apolonia de la condena impuesta de 11.428,09 € en esta esfera o campo jurisdiccional; que deberá pretenderse, como las demás de las partes, en el proceso declarativo contencioso pertinente; y sin que proceda la imposición de la condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma NO CABE RECURSO alguno.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Cuestiones

1. ¿Dónde está regulada la jurisdicción voluntaria?
2. ¿Qué es la jurisdicción voluntaria?

II. GUÍA DE ESTUDIO

Lección 1.ª Historia y principios constitucionales

1. Explica brevemente la evolución del proceso civil desde el siglo XIII hasta la LEC.
2. Principales defectos de la LEC 1881.
3. ¿Qué se quiere decir cuando se habla de la huida de la LEC de 1881?
4. Cita las principales novedades que supuso la LEC 2000.

Lección 2.ª La competencia civil

1. Extensión y límites de los tribunales españoles.
2. Criterios de atribución de la competencia.
3. ¿Qué son las cuestiones prejudiciales? ¿Cómo se resuelven?
4. Determina la competencia objetiva y funcional de todos los órganos jurisdiccionales del orden civil.
5. ¿Cómo se determina la competencia territorial?
6. Explica qué son los fueros convencionales y los fueros legales.
7. ¿Qué es la declinatoria?

Lección 3.ª Las partes y su capacidad

1. ¿Quién puede ser parte en un proceso?
2. ¿Quién tiene capacidad para ser parte?
3. ¿Cómo se justifica la capacidad para ser parte?
4. ¿Qué es la capacidad procesal?
5. ¿Quién tiene capacidad procesal?
6. Tratamiento procesal de la capacidad.

Lección 4.ª La legitimación

1. ¿Qué es la legitimación?
2. Clases de legitimación y ejemplos.
3. Tratamiento procesal de la legitimación.
4. ¿Cuándo existe pluralidad de partes?
5. Diferencias entre el litisconsorcio necesario y el litisconsorcio cuasinecesario.
6. Explica qué es la intervención voluntaria y su diferencia respecto a la intervención provocada.
7. Supuestos de sucesión procesal.

Lección 5.ª La postulación

1. ¿Qué es la postulación?
2. La postulación, ¿es una exigencia constitucional o legal en todo caso?
3. ¿Qué es la jura de cuentas?
4. ¿Qué papel ocupa la Administración como parte procesal?
5. ¿Qué intervención tiene el Fiscal en el Proceso civil?

Lección 6.ª La pretensión y sus elementos

1. ¿Qué es el objeto del proceso?
2. ¿Cuáles son sus elementos?
3. ¿Qué es la acumulación de procesos?
4. ¿Cuándo se pueden acumular las acciones?
5. ¿Qué presupuestos son necesarios para poder acumular las acciones?

Lección 7.ª Actos previos

1. ¿Qué es y cómo se tramita una reclamación administrativa previa?
2. ¿Y la conciliación preventiva?
3. ¿Qué son las diligencias preliminares?
4. ¿Qué medidas pueden adoptarse como diligencias preliminares?
5. La validez de las diligencias preliminares, ¿tiene algún condicionamiento?

Lección 8.ª Disposiciones comunes a los procesos ordinarios. Contenido

1. ¿Qué se entiende por tutela ordinaria? Explica las diferencias entre la tutela ordinaria y la privilegiada.
2. ¿Cómo se determina el proceso declarativo ordinario? Explica los criterios que existen para delimitarlo.
3. ¿Qué son las costas?
4. ¿Son las costas impugnables? ¿Cómo?

Lección 9.ª Demanda

1. ¿Ante que órgano jurisdiccional se presenta?
2. ¿Cuáles son los requisitos subjetivos de la demanda? ¿Y los objetivos?
3. ¿A quién corresponde fijar la cuantía del objeto litigioso?
4. ¿Qué forma reviste la demanda? ¿Qué documentos procesales se han de aportar con la demanda? ¿Y de naturaleza probatoria? ¿Se puede solicitar la designación judicial de perito?
5. ¿Se puede inadmitir la demanda? ¿Qué efectos produce la admisión de la demanda?

Lección 10.ª Contestación a la demanda

1. ¿Qué puede hacer el demandado ante una demanda?
2. ¿Qué es la rebeldía?
3. ¿Cuáles son los requisitos subjetivos y objetivos de la contestación a la demanda?
4. ¿Qué forma reviste la contestación a la demanda? ¿Cuál es el plazo para presentarla?
5. ¿Qué es la reconvencción? Requisitos de la reconvencción.

Lección 11.ª La audiencia previa y el juicio

1. ¿Qué es la audiencia previa?
2. ¿Se debe celebrar en todo tipo de juicios?
3. ¿Qué relación tiene la audiencia previa con la prueba?
4. ¿Deben comparecer las partes?
5. ¿Qué es el juicio?

Lección 12.ª Conceptos generales probatorios

1. ¿Qué elementos destacan en la definición de la prueba como características de la misma?
2. ¿Se puede mantener en la actualidad que la función de la prueba es el descubrimiento de la verdad? De no hacerlo, ¿cuál podemos decir que es hoy su función?
3. En un proceso concreto, ¿qué debe ser objeto de prueba?
4. ¿Para qué sirve la carga de la prueba?
5. ¿Cómo se resuelve la carga de la prueba en el proceso civil?
6. ¿En qué consiste la inversión de la carga de la prueba?

Lección 13.ª Medios de prueba

1. ¿Puede un colitigante solicitar el interrogatorio de otro colitigante?
2. Momento de presentación de los documentos.
3. Instrumentos que permiten a las partes y a los peritos poner de manifiesto las circunstancias que comprometerían la imparcialidad de los peritos.
4. ¿Cuándo procede el reconocimiento judicial?
5. ¿Cuáles son las causas por las que puede ser tachado un testigo?
6. ¿Qué sucede cuando el órgano jurisdiccional no dispone de los medios adecuados para practicar los medios de reproducción del sonido o la imagen?
7. Clases de presunciones.
8. ¿Pueden las diligencias finales llevar a actividad probatoria?

Lección 14.ª Finalización

1. ¿Cómo debe motivarse una sentencia?
2. ¿En qué consiste la exhaustividad de una sentencia?
3. ¿Qué elementos deben compararse para poder predicar que una sentencia es congruente?
4. ¿En qué supuestos puede paralizarse un proceso?
5. ¿En qué consiste el desistimiento?
6. ¿Qué es el sobreseimiento?
7. ¿Qué efectos produce la caducidad?
8. ¿Qué requisitos configuran el régimen jurídico de la transacción?

Lección 15.ª Actos y trámites

1. ¿En que juicios se presenta la demanda en impreso normalizado?
2. ¿En qué consiste la acumulación de pretensiones?
3. ¿Quién debe admitir o inadmitir la demanda?
4. ¿Qué actuaciones generales son previas a la vista?
5. ¿Qué ocurre si no asiste a la vista el demandante?

Lección 16.ª Conceptos generales, remedios y queja

1. Clases de recursos.
2. Presupuestos y requisitos de admisibilidad de los recursos.
3. ¿Qué efectos produce la interposición de un recurso?
4. ¿Qué sucede cuando el recurrente desiste de un recurso?
5. ¿Qué es la reposición?
6. ¿Qué recursos pueden interponerse contra las resoluciones del secretario judicial?
7. ¿En qué ocasiones puede interponerse la queja?

Lección 17.ª Apelación

1. ¿Qué tribunales son competentes para conocer el recurso de apelación?
2. ¿Qué resoluciones son recurribles en apelación?
3. ¿Cómo se tramita el recurso de apelación?
4. ¿Qué significa que nos encontramos ante una apelación limitada?
5. La prueba en el recurso de apelación.

Lección 18.ª Infracción procesal y casación

1. Notas y características de los recursos extraordinarios.
2. ¿Qué resoluciones pueden recurrirse por medio del recurso por infracción procesal? ¿Qué motivos deben alegarse?
3. ¿Cuáles son las características generales del recurso de casación?
4. ¿Qué procedimiento debe seguirse en la tramitación del recurso de casación?
5. ¿En qué consiste el recurso en interés de la ley?

Lección 19.ª Cosa juzgada e impugnación

1. ¿Qué es la cosa juzgada formal?
2. ¿Qué resoluciones son susceptibles de producir cosa juzgada material?
3. ¿Cuáles son los límites de la cosa juzgada?
4. ¿En qué motivos puede basarse el juicio de revisión?
5. ¿En qué fases se divide la audiencia al demandado rebelde?
6. ¿En qué consiste la nulidad de las actuaciones?

Lección 20.ª Principios y elementos

1. ¿A qué órgano jurisdiccional corresponde la competencia para la ejecución?
2. ¿Quién está legitimado activa y pasivamente para instar la ejecución?
3. ¿Puede un tercero verse afectado por una ejecución que le es ajena?
4. ¿Realmente existe contradicción en un proceso de ejecución?
5. ¿Qué funciones tiene el secretario en la ejecución?
6. ¿Puede instar la ejecución un consumidor o usuario que no ha sido parte en el proceso promovido por una asociación de consumidores y usuarios que obtiene a su favor una sentencia condenatoria?

Lección 21.ª El título ejecutivo

1. ¿Puede ser título ejecutivo una providencia? ¿Y un auto? ¿Y un decreto del secretario?
2. ¿Puede un documento ser título ejecutivo? ¿En qué condiciones?
3. La certificación expedida por el Consorcio de Compensación de Seguros, estableciendo la obligación de pago al perjudicado en un accidente de circulación, ¿es título ejecutivo?
4. ¿Tienen fuerza ejecutiva en España las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros?
5. ¿Qué ventajas aporta el título ejecutivo europeo?

Lección 22.ª Ejecución de sentencias no firmes

1. La LEC ha querido generalizar la ejecución provisional, pero ¿existe alguna resolución que no sea ejecutable provisionalmente?
2. ¿Es necesaria la fianza para solicitar la ejecución provisional?
3. ¿Desde qué momento procesal puede solicitarse la ejecución provisional?
4. ¿En qué casos denegará el tribunal la ejecución provisional?
5. ¿En qué puede basar el ejecutado su oposición a la ejecución provisional?

Lección 23.ª La ejecución definitiva

1. ¿Qué requisitos deben concurrir en la demanda ejecutiva para su admisión?
2. La acción ejecutiva, ¿tiene un plazo de caducidad?
3. ¿Qué es el decreto de concreción y cuál es su contenido?
4. ¿Qué posibilidades de defensa tiene el ejecutado ante el auto despachando ejecución?
5. ¿En base a qué motivos se puede instar del órgano jurisdiccional la finalización de la actividad ejecutiva?

Lección 24.ª Liquidez y título ejecutivo

1. ¿Cuándo es necesario proceder a la liquidación del título ejecutivo?
2. El requerimiento de pago, ¿se tiene que practicar en todo caso?
3. ¿Son todos los bienes del deudor embargables?
4. ¿A quién corresponde la localización de bienes del deudor?
5. ¿Cómo puede reintegrarse el patrimonio del deudor?

Lección 25.ª El embargo ejecutivo (sigue)

1. ¿Qué es la afección?
2. ¿Cuál es la finalidad de la tercería de dominio? ¿Quién puede interponerla?
3. ¿Qué instrumentos se pueden solicitar para garantizar la afección de un bien a ejecución?
4. ¿Quién puede ser depositario del bien en el depósito judicial?
5. ¿Cuándo es recomendable acudir a la Administración judicial?

Lección 26.ª Finalización de la ejecución dineraria

1. ¿Qué es la realización forzosa y qué sistemas de realización contempla la ley?
2. ¿Qué alternativas a la subasta judicial existen en la ley?
3. ¿Quién puede acudir a una subasta?
4. ¿Qué ocurre si en la subasta se obtiene por el bien un precio inferior o muy inferior al valor del bien subastado?
5. ¿Para qué sirve la tercería de mejor derecho? ¿Quién puede interponerla?

Lección 27.ª Otras ejecuciones

1. ¿Qué significa que la Ley potencia que la ejecución se realice en sus propios términos?
2. ¿En qué consiste la actividad ejecutiva cuando se condena a entregar una cosa mueble determinada?
3. ¿Qué ocurre cuando la obligación de hacer que pesa sobre el deudor, por sus características, es infungible?
4. ¿En qué consiste la ejecución de las obligaciones a emitir una declaración de voluntad?
5. ¿Qué solución alternativa existe en general cuando la sentencia no puede ejecutarse en sus propios términos?

Lección 28.ª Proceso cautelar. Conceptos generales y medidas concretas

1. ¿Cuál es la finalidad del proceso cautelar?
2. ¿Cuáles son los presupuestos de las medidas cautelares?
3. ¿Qué finalidades cumplen las medidas cautelares?
4. Enumera cada una de las medidas cautelares legalmente previstas y, atendiendo a lo contestado en la cuestión anterior, determina qué función cumple cada una de ellas.
5. ¿Para qué sirve la caución de los arts. 746 y 747?

Lección 29.ª Procedimiento cautelar

1. En el proceso cautelar, ¿se cumple estrictamente el principio de contradicción?
2. ¿Cuándo podría adoptarse una medida cautelar *inaudita parte*?
3. ¿Cómo se puede impugnar la resolución cautelar?
4. ¿Qué efectos produce la estimación de la oposición?
5. ¿En qué sentido existe una dependencia entre el proceso principal y el proceso cautelar?

Lección 30.ª Pretensiones dispositivas y no dispositivas

1. Tutela judicial privilegiada. Características.
2. Características de los procesos no dispositivos.
3. Los procesos sobre la capacidad de las personas.
4. Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.
5. Los procesos matrimoniales.
6. Proceso para disolución o suspensión de un partido político.
7. División de patrimonios hereditarios: la división de la herencia.
8. Liquidación del régimen económico matrimonial: presupuestos y objeto.

Lección 31.ª La tutela privilegiada del crédito

1. El proceso monitorio. Características y competencia.
2. La oposición cambiaria: causas.
3. La ejecución hipotecaria: presupuestos procesales.
4. La ejecución hipotecaria: desarrollo de la ejecución.

Lección 32.ª El proceso concursal

1. ¿Cuál es el objeto del proceso concursal?
2. ¿Cuál es el órgano competente para conocer de un proceso concursal?
3. ¿Quién está legitimado para instar un concurso voluntario?
4. Clases de procedimientos concursales.
5. Significado de incidente concursal.

Lección 33.ª Arbitraje

1. ¿Quién nombra a los árbitros?
2. ¿En qué consisten los efectos positivo y negativo del convenio arbitral?
3. Clases de arbitraje.
4. ¿Produce el laudo arbitral efecto de cosa juzgada?
5. ¿Puede recurrirse un laudo arbitral?

Lección 34.ª Jurisdicción voluntaria

1. Concepto y naturaleza de la jurisdicción voluntaria.
2. Clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria.
3. Características de los procedimientos de jurisdicción voluntaria.
4. ¿Es preceptiva la intervención de procurados en los procedimientos de jurisdicción voluntaria?

III. BIBLIOGRAFÍA

MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J. L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S. (2010): *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (18ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia.

Al final de cada una de las lecciones de este manual se encuentra una nota bibliográfica o *Lecturas Complementarias*, en donde se citan los libros, monografías y artículos fundamentales sobre cada una de las materias tratadas respectivamente.

II.- Para aspectos concretos, se hallan en la biblioteca de la Universidad y pueden consultarse también los libros citados en ese manual, teniendo en cuenta sobre la nueva LEC: ARMENTA DEU, T. (2009): *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid; ASENCIO MELLADO, J. M. (2010): *Derecho Procesal Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V. (2010): *Derecho Procesal Civil* (4ª ed.), 2 vols., Tirant lo Blanch, Valencia; DE LA OLIVA SANTOS, A. / DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGAS TORRES, J. (2005): *Derecho Procesal Civil: El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (3ª ed.), C.E.R. Areces, Madrid; IDEM (2005): *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (3ª ed.), C.E.R. Areces, Madrid; GIMENO SENDRA, V. (2010): *Derecho Procesal Civil*, 2 vols., Colex, Madrid; GUASP, J. / ARAGONESSES, P. (2005): *Derecho Procesal Civil* (7ª ed.), t. I, Civitas, Madrid; IDEM (2006): *Derecho Procesal Civil* (7ª ed.), t. II, Civitas, Madrid; ORTELLS RAMOS, M. / JUAN SÁNCHEZ, R. / BONET NAVARRO, J. / BELLIDO PENADES, R. / CUCARELLA GALIANA, L. A. / MARTÍN PASTOR, J. (2010): *Derecho Procesal Civil* (10ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia; RAMOS MÉNDEZ, F. (2000): *Guía para una transición ordenada a la LEC*, J. M. Bosch, Barcelona.

III. En cuanto a la bibliografía para las prácticas: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. / RIFÁ SOLER, J. M. / VALLS GOMBAU, J. F. (coords.) (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Barcelona, t. IV (Ref. KKT 1704.52000. C66 2000b); IDEM (2004): *Formularios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid; GIMENO SENDRA, V. (2006): *Practicum de Derecho Procesal, Civil y Penal*, CERA, Madrid; IDEM (2007): *Casos prácticos de derecho procesal civil* (2ª ed.), CERA, Madrid; GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.) (2001): *Formularios de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, Revista General del Derecho, Valencia (Ref. KKT 1710. F67 2001); MORA ALARCÓN, J. A. / NAVARRO LORENTE, L. / SÁNCHEZ PEDRERO, A. / LACALLE SERER, E. / SANMARTÍN ESCRICHE, F. (2006): *Formularios procesales civiles adaptados a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia.