

MÓDULO INSTRUCCIONAL

EL PROCESO ORDINARIO

(Normas comunes a todos los procesos. Proceso Ordinario.
Especialidades del proceso ordinario)

Consultor Internacional:

D. JOSÉ MANUEL MARCO COS

Magistrado. Presidente de la Sección Tercera de la
Audiencia Provincial de Castellón (España)

Profesor Asociado de la Universidad Jaime I (España)

Tegucigalpa, MDC., Octubre de 2006

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN.....	7
PRIMERA PARTE.....	10
NORMAS COMUNES A TODOS LOS PROCESOS.....	10
I. REGLAS PARA DETERMINAR EL PROCEDIMIENTO.....	10
A. Criterios para la determinación del proceso adecuado.....	11
1. La cuantía como criterio general.....	13
2. Determinación de la cuantía.....	13
a. Acumulación principal.....	16
b. Acumulación eventual.....	17
c. Acumulación accesoria.....	18
B. Control de la cuantía del proceso.....	18
1. Control de oficio.....	19
2. Impugnación de la cuantía por el demandado.....	20
II. CUESTIONES PRELIMINARES.....	21
A. Diligencias preparatorias.....	21
1. Concepto y clases	21
a. Concepto	21
b. Clases.....	22
2. Competencia y procedimiento.....	23
a. Competencia.....	23
b. Procedimiento y oposición	24
3. Negativa del requerido.....	28
B. Reclamación administrativa previa.....	30
1. Procedencia	30
2. Efectos	32

C. Mediación y conciliación.....	35
D. Abstención y recusación.....	36
1. Concepto.....	36
2. Abstención.....	41
a. Legitimación y tiempo.....	41
b. Competencia y procedimiento.....	42
3. Recusación.....	43
a. Legitimación y tiempo.....	43
b. Competencia y procedimiento.....	43
4. Recusación de fiscales.....	46
III. INCIDENTES.....	47
A. Concepto.....	47
B. Clases.....	48
C. Procedimiento.....	49
SEGUNDA PARTE.....	54
EL JUICIO ORDINARIO	
I. GENERALIDADES.....	54
II. LA DEMANDA.....	57
A. Concepto.....	57
B. Requisitos.....	57
1. Formales.....	58
2. Subjetivos.....	58
3. Objetivos.....	59
C. Efectos.....	66
1. Inadmisión.....	67
2. Admisión.....	69
a. Litispendencia.....	69
b. Interrupción de la prescripción.....	70
c. Perpetuación de la jurisdicción.....	70
d. Inalterabilidad.....	71
e. Excepciones a la inalterabilidad.....	73

III. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y LA RECONVENCIÓN.....	77
A. Emplazamiento.....	77
B. Contestación.....	78
C. Reconvención.....	81
D. Excepción de compensación.....	83
E. Alegación de nulidad del negocio jurídico en que se funda la demanda.....	84
IV. LA REBELDÍA.....	86
A. Concepto	86
B. Efectos.....	90
1. Respecto del proceso.....	90
a. Sobre el objeto.....	90
b. Sobre la tramitación.....	92
2. Notificaciones.....	93
3. Comparecencia del rebelde	94
V. LA AUDIENCIA PRELIMINAR.....	96
A. Concepto y caracteres.....	96
B. Contenido y desarrollo.....	98
1. Incomparecencia.....	98
2. Conciliación.....	101
3. Examen de defectos procesales.....	102
a. Insubsanables.....	103
1) Litispendencia y cosa juzgada.....	103
2) Inadecuación del procedimiento.....	104
3) Compromiso arbitral.....	105
b. Subsanables.....	105
1) Capacidad, representación, postulación	106
2) Acumulación.....	108
3) Litisconsorcio pasivo necesario.....	108
4) Defectos de la demanda.....	110
4. Fijación de la pretensión y de los términos del debate.....	111

5. Proposición y admisión de prueba y señalamiento de la audiencia probatoria.....	114
6. Innecesariedad de la audiencia probatoria	118
VI. LA AUDIENCIA PROBATORIA.....	120
A. Objeto y contenido.....	120
B. Prueba separada.....	123
C. Disciplina procesal.....	123
D. Suspensión.....	124
VII. ALEGATOS FINALES Y SENTENCIA.....	126
A. Alegatos finales.....	126
B. Finalización de la audiencia y nueva prueba.....	129
C. Valoración de la prueba.....	131
1. Regla general.....	132
2. Presunciones.....	134
a. Legales.....	134
b. Judiciales.....	135
D. Sentencia.....	136
VIII. TERMINACIÓN DEL PROCESO SIN SENTENCIA CONTRADICTORIA.....	138
A. Aproximación.....	138
B. Carencia de objeto y satisfacción extraprocesal.....	139
C. Renuncia.....	142
D. Desistimiento.....	143
E. Allanamiento.....	144
F. Transacción.....	147
G. Abandono del proceso	149

TERCERA PARTE	
ESPECIALIDADES DEL PROCESO ORDINARIO.....	154
I. INTRODUCCIÓN.....	154
II. TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y HONORÍFICOS.....	157
III. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.....	159
IV. COMPETENCIA DESLEAL.....	164
V. PROPIEDAD INDUSTRIAL.....	169
VI. PROPIEDAD INTELECTUAL.....	176
VII. PUBLICIDAD.....	179
VIII. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN...	182
IX. ARRENDAMIENTOS URBANOS O RURALES.....	185
X. RETRACTO.....	187
XI. RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES, MAGISTRADOS Y MIEMBROS DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	188
XII. PRETENSIONES COLECTIVAS.....	192

PRESENTACIÓN

El Título Primero del Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Procesal Civil (ACPC) tiene por objeto la exposición de la disciplina legal básica que debe aplicarse a todos los procedimientos civiles, tanto el ordinario y el abreviado, como los no dispositivos, el monitorio y el sumario.

La naturaleza y objeto de las que el ACPC denomina normas comunes a todos los procesos es diversa, pues bien puede decirse que solamente comparten su potencial aplicación a cualquier procedimiento civil, con independencia de cuáles sean su objeto y cuantía.

Son normas comunes las que sirven para encauzar procesalmente la pretensión de forma correcta, esto es, para promover el tipo o clase de proceso que legalmente corresponda, pues en función de la naturaleza del objeto perseguido puede ser uno u otro el juicio adecuado.

Comparten también este carácter común tanto los medios que el ordenamiento dispone para que quien pretende provocar un juicio se dote previamente de los instrumentos necesarios para ello (diligencias preparatorias), como la exigencia de exponer la pretensión ante los organismos públicos antes de plantear en sede jurisdiccional una reclamación contra ellos (reclamación administrativa previa) y, en fin, la posibilidad de que antes del inicio del proceso se intente con aquél a quien se pretende demandar un arreglo o acuerdo que logre evitar el pleito (mediación y conciliación).

Finalmente, bajo el mismo epígrafe de normas comunes se regulan los incidentes, que son aquellas cuestiones que, aun no coincidiendo con él, tienen estrecha relación con el objeto principal del pleito.

En el presente Módulo Instruccional se trata, aunque ello suponga una cierta desviación de la sistemática seguida por el Anteproyecto de Código Procesal Civil, la abstención y la recusación de jueces y magistrados. Son instrumentos del derecho procesal en el más amplio de los sentidos, pues son tan propios del proceso civil, como del penal y de cualquier disciplina procesal, cuya finalidad es la garantía de la imparcialidad objetiva y subjetiva del órgano jurisdiccional a quien se encomienda el enjuiciamiento.

Los procesos civiles de mayor importancia son los llamados procesos declarativos, tanto por el contenido de su regulación, como por ser aquellos por los que con más frecuencia discurre el enjuiciamiento por los tribunales de las diferencias existentes entre los sujetos de derecho privado.

El proceso declarativo es aquél por medio del cual los tribunales dicen el derecho en el caso concreto, esto es, aquel procedimiento por el que se conocen las pretensiones declarativas puras, las constitutivas y las declarativas de condena

Para su adecuada comprensión debe distinguirse entre tutela judicial ordinaria y tutelas judiciales privilegiadas.

Mediante la primera se puede conocer de pretensiones de toda clase, sin limitación, siendo por ello la que se establece con carácter general. Es la que se aplica a todas las pretensiones que no tengan señalado un trámite especial. Así lo establece el artículo 398.1 ACPC al decir que “Toda pretensión que se deduzca ante los tribunales del orden civil y no tenga señalada una tramitación especial será decidida en el proceso declarativo ordinario”.

La tutela judicial privilegiada es la que se integra por los procesos especiales, establecidos para el conocimiento de pretensiones singulares, normalmente por razón de su objeto (familia, capacidad, determinados derechos de crédito, etc), por entender el legislador que hay parcelas del ordenamiento jurídico material que requieren un tratamiento legal propio o específico.

Por medio de los juicios ordinarios, entendida la expresión “ordinario” en un sentido amplio comprensivo del llamado proceso ordinario y del abreviado, puede conocerse cualquier clase de pretensión declarativa, no ya sólo en lo relativo al objeto del proceso, sino también respecto de la clase de tutela pedida o, si se quiere, de pretensión: declarativa pura, constitutiva y declarativa de condena. No existe un proceso meramente declarativo, otro constitutivo y otro de condena, sino el proceso de la declaración en general y dentro de él los tipos de juicio que estamos examinando. Por los juicios ordinarios pueden conocerse y resolverse todas las pretensiones imaginables, siempre que no tengan señalada por la ley tramitación especial¹.

El objeto de este Módulo Instruccional es el examen de los preceptos del Anteproyecto de Código Procesal Civil que tratan de las normas comunes aplicables a los diversos procesos declarativos (ordinario, abreviado, no dispositivo, monitorio y tutela sumaria), que constituye la Primera Parte del Módulo.

En la Segunda se trata del proceso ordinario, incluidos los supuestos en que termina el proceso sin sentencia contradictoria, pese a que es una disciplina aplicable a todos los procesos civiles en que se puede disponer sobre el objeto.

¹ Ver MONTERO AROCA, J.: Derecho Jurisdiccional I. Parte General (varios autores). Edición 14ª. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2005. Pgs. 308-311.

Y en la Tercera Parte se examinan las especialidades del procedimiento ordinario que se derivan del objeto de la pretensión y de la necesidad de articular medios procesales específicos para la tutela de determinados derecho (derechos fundamentales, impugnación de acuerdos sociales, competencia desleal, propiedad industrial, etc.). Debe precisarse que la disciplina legal de las especialidades se trata con menor profundidad. La razón de ello es, por una parte, que siendo objeto principal del módulo el estudio del proceso ordinario, al mismo se dedica el grueso del mismo. De otro lado, el tratamiento extenso de las especialidades daría lugar a unas dimensiones que excederían del ámbito de lo que ha de constituir el módulo, con arreglo a las directrices del “Documento metodológico para la elaboración de Módulos Instruccionales” facilitado a este consultor. Por tal motivo, la parte dedicada a las especialidades se reduce prácticamente a alguna breve explicación y a la exposición sistematizada de las normas que las regulan, según el criterio de quien la ha preparado, no siempre coincidente con el orden seguido por el legislador. Tal vez sería conveniente un tratamiento más amplio y profundo de dichas especialidades, tanto por la entidad de las mismas, como por la importancia de las materias que regulan, referidas bien a derechos fundamentales (honor), bien al cauce para la exigencia de responsabilidad civil a quienes administran justicia, o a derechos de gran importancia en el moderno tráfico jurídico mercantil (condiciones generales, derechos difusos, competencia desleal, propiedad intelectual e industrial). Pero, en mi modesta opinión, ello requeriría la elaboración de un módulo Instruccional de carácter monográfico.

PRIMERA PARTE

NORMAS COMUNES A TODOS LOS PROCESOS

I. REGLAS PARA DETERMINAR EL PROCEDIMIENTO

La disciplina legal del proceso civil se caracteriza por el establecimiento de varias clases de procesos. Esta diferenciación, en lugar de la opción por un único proceso civil, que en principio podría parecer una solución más sencilla, parte de la realidad de que las pretensiones esgrimibles ante la jurisdicción pueden ser muy diversas, sea por la naturaleza y objeto de las mismas, sea por su complejidad. Se fundamenta en la conveniencia de prever para cada pretensión el instrumento, el cauce procesal que pueda ser más adecuado.

Dentro del proceso declarativo se distinguen por el ACPC el ordinario y el abreviado. Su distinción responde de alguna manera a la diferencia conceptual de ambos.

Mientras el proceso declarativo ordinario es aquel por el que deben encauzarse todas las pretensiones que no tengan establecida una tramitación específica por la ley, además de las que expresamente se le asignan, el abreviado está previsto sólo para el enjuiciamiento de determinadas reclamaciones que la ley precisa, ya sea por su objeto específico, ya por la cuantía.

En este sentido, comienza diciendo el artículo 398 ACPC, que establece la distinción entre las dos clases de procesos declarativos:

“1. Toda pretensión que se deduzca ante los tribunales del orden civil que no tenga señalada por la ley una tramitación especial será decidida en el proceso declarativo ordinario”.

Para, a continuación, referirse a las dos clases de procedimientos declarativos:

“2. Pertenecen a la clase de los procesos declarativos:

a) El proceso ordinario.

b) El proceso abreviado.”

Siendo varios los procesos declarativos posibles, debe determinarse a cuál de ellos ha de acudir en cada caso, lo que se hace mediante las reglas de determinación del proceso adecuado de entre los varios existentes.

La existencia de estas reglas es una necesidad legal derivada del establecimiento de varias clases de procesos. Aun a riesgo de incurrir en cierta simplificación, puede afirmarse que ha sido criterio del legislador establecer la tramitación por los más largos y complejos cauces del proceso ordinario de aquellas pretensiones que, sea por la naturaleza especial de las mismas, sea por la cuantía, pueden tener una mayor dificultad de resolución, por ser más trascendente su objeto o por ser mayor su valor económico.

A. CRITERIOS PARA DETERMINACIÓN DEL PROCESO ADECUADO

Dos son los criterios o reglas que sirven para la especificación del proceso adecuado en cada caso: la cuantía y la materia.

La lectura de los arts. 399 y 499 ACPC, que determinan, respectivamente, cuáles son los ámbitos del proceso ordinario y del proceso abreviado, pone de manifiesto la importancia de dichos criterios:

“Artículo 399.- Ámbito del proceso ordinario.

1. Se conocerán y se decidirán por los trámites del proceso ordinario, cualquiera que sea su cuantía, las demandas relativas a las siguientes materias:

- a) Tutela de derechos fundamentales y derechos honoríficos*
- b) Impugnación de acuerdos sociales.*
- c) Competencia desleal.*
- d) Propiedad industrial.*
- e) Propiedad intelectual.*
- f) Publicidad.*
- g) Condiciones generales de contratación.*
- h) Arrendamientos urbanos o rurales de bienes inmuebles, salvo que se trate de la expiración del arrendamiento por las causas establecidas en la Ley de Inquilinato.*

i) Retracto.

j) Responsabilidad civil de jueces, magistrados y de miembros del Ministerio Público.

k) Pretensiones colectivas.

2. Se decidirán también en el proceso ordinario las demandas cuya cuantía supere los CINCUENTA MIL LEMPIRAS (Lps. 50.000.00) y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

3. Las normas de determinación de la clase de proceso por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia.

Artículo 400.- Ámbito del proceso abreviado.

1. Se decidirán por los trámites del proceso abreviado, cualquiera que sea su cuantía, las demandas relativas a las siguientes materias:

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

b) Pretensiones (agregado) posesorias.

c) Calificación registral.

d) Rectificación de hechos o informaciones inexactas y perjudiciales.

e) Arrendamientos financieros

f) Ventas de bienes a plazos.

g) Propiedad horizontal.

h) Prescripción adquisitiva.

i) Tránsito.

j) Procesos no dispositivos en materia de familia.

2. Se decidirán por los trámites del procedimiento abreviado las demandas cuya cuantía no sea superior a CINCUENTA MIL LEMPIRAS (Lps. 50.000)."

1. LA CUANTÍA COMO CRITERIO GENERAL

Dentro de los dos criterios citados (materia y cuantía), el de la cuantía es un criterio general de carácter determinante. Pese a que parece tener carácter residual por su ubicación en cada uno de los preceptos transcritos tras la relación de materias que determinan la procedencia de uno u otro juicio, podemos decir que mientras por el ámbito del proceso ordinario se deben decidir las demandas que no se refieran alguna de las materias que se relacionan en el apartado 1 del art. 399 ACPC y sean de cuantía superior a 50.000 lempiras, por los trámites de proceso abreviado se sustanciarán las demandas que no se refieran a las materias del art. 400.1 ACPC y cuya cuantía no sea superior a 50.000 lempiras.

Parece que el legislador procesal establece para las reclamaciones de superior cuantía un procedimiento con más trámites y, obviamente, mayor duración, mientras que las de inferior monto económico se deducen por más simples trámites. Y es inevitable reconocer que para esta distinción se ha partido de lo que por lo común suele suceder. Esto es, que la mayor o menor complejidad material del pleito a dilucidar ante el órgano judicial va pareja con el valor económico del objeto del mismo, de suerte que entrañen mayor complejidad jurídica y dificultad probatoria aquellas reclamaciones cuyo importe económico sea superior y sea en principio más sencillas aquellas de menor cuantía que, al plantear la solución de sencillos problemas jurídicos, deben por ello sustanciarse a través de una tramitación caracterizada por la simplicidad.

Claro está que este criterio no ha de generalizarse, pues no debe confundirse, sin matices, complejidad del pleito con cuantía de su objeto. Bien puede suceder que contenciosos de pequeño monto económico den lugar a difíciles problemas jurídicos, mientras que otros millonarios sean de sencilla solución técnica. Pero, sin perjuicio de lo que acaba de decirse, no puede ignorarse que es lo normal que la dificultad técnica vaya pareja con los intereses económicos en juego, pues cuanto mayores son éstos es suele ser más complejo el entramado de relaciones jurídicas mediante el que las partes han articulado los mismos. Por ello ha sido criterio del legislador, como vemos, arbitrar más complicados mecanismos procesales para la solución de los problemas de mayor entidad económica, a cuya dificultad contribuye en no pocas ocasiones el mayor empeño que las partes o sus defensores ponen cuanto mayores sean los intereses económicos en juego.

2. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Siendo la cuantía uno de los presupuestos básicos que determinan cuál de entre los procesos declarativos es el que procede en cada caso, consecuencia

necesaria de ello es la fijación de los criterios legales con arreglo a los cuales debe establecerse en cada caso la cuantía.

No basta que en la demanda se pretenda promover un determinado tipo de proceso, en lugar de los otros regulados en la ley, ni para ello es suficiente que se indique simplemente cuál de tales procedimientos desea el demandante que se abra. El actor debe justificar que, atendiendo a cuál es su pretensión, sea precisamente uno y no otro el procedimiento adecuado, bien por la materia del mismo, bien en función del valor económico de su pretensión, que es lo que ahora interesa principalmente.

La carga de indicar cuál es la cuantía del proceso y, con arreglo a ello, el concreto cauce legal por el que debe discurrir, incumbe al actor, que es quien provoca la incoación del mismo y para ello presenta el primer escrito, la demanda.

En este sentido comienza diciendo el art. 401 ACPC, que

“El valor de la pretensión se fijará según el interés económico de la demanda”

Se trata de una carga procesal que recae sobre el actor, que no puede sustraerse a la misma y que debe cumplirla en el escrito inicial, sin que le sea posible determinar el tipo de proceso que pretende iniciar sin hacer referencia a la cuantía. Se reitera por ello al inicio del art. 403.2 ACPC que

“El actor expresará en su escrito inicial la cuantía de la demanda”

Puede, no obstante, suceder que no conozca, ni pueda estimar, el exacto valor de la pretensión, en cuyo caso es suficiente que justifique que dicho valor se mantiene en el que la ley señala a la pretensión para que sea procedente el tipo de juicio que pretende provocar con la demanda (p.ej. desconoce la cuantía exacta pero puede acreditar que es al menos de 51.000 lps., por lo que el adecuado es el proceso ordinario), por lo que sigue diciendo el art. 403.2 ACPC que en la demanda podrá indicar la cuantía:

“en forma relativa, si justifica debidamente que el interés económico al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al proceso ordinario, o que no rebasa la máxima del abreviado”.

Una vez establecida la cuantía de la pretensión, determinante de la clase de proceso declarativo que a continuación se iniciará, se produce una fijación, cristalización o perpetuación de la misma, en el sentido de que su alteración posterior, de suerte que pase a formar parte del ámbito propio de otra clase de juicio, ya no podrá tener efecto alguno, tal como dispone el último inciso del art. 403.2 ACPC:

“La alteración del valor de los bienes que sobrevenga después de presentada la demanda no implicará la modificación de la cuantía ni la de la clase de proceso”.

Los criterios para determinar el valor de la pretensión se contienen en el art. 401 ACPC, el primero de los cuales es el más sencillo:

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

En consecuencia, si lo que el demandante pretende es obtener una condena del demandado (o demandados) al pago de una determinada suma pecuniaria, su cuantía será el valor del pleito o interés económico de la demanda, determinante de la clase de proceso. Y con arreglo a ello se sustanciará el proceso, sin perjuicio de cuáles sean las objeciones del demandado a dicha petición, ni los motivos en que se fundamente la resolución judicial que recaerá, que podrá acoger la petición en todo, estimarla parcialmente o rechazarla por completo.

Puede ocurrir también que en el momento de interponer la reclamación no sea posible la precisa determinación de la cuantía de la demanda. En este caso se ha de considerar de cuantía indeterminada, sin que ello suponga la existencia de un vacío procesal que impida la derivación a un tipo concreto y determinado de proceso. En tal supuesto de falta de concreción e indeterminación de la cuantía de la demanda, el adecuado será el proceso ordinario, con arreglo a lo que establece el último inciso del art. 399.2 ACPC (“Se decidirán también en el proceso ordinario las demandas... ..cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo”).

No deben confundirse el concepto de cuantía indeterminada con el de cuantía indeterminable o inestimable. A este respecto, tiene interés la Sentencia del Tribunal Supremo de España (Sala Civil) de 27 de marzo de 2000 (RJ 2000\2109) que, recogiendo la línea jurisprudencial vigente al respecto, dice:

“en Sentencia de 31-12-1998 (RJ 1998, 10146), se exponía: “... siguiendo al respecto cuanto se hace constar, entre otras, en las Sentencias de 8 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3186 y RJ 1998, 3707), 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 5017) y 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7097), en las que se afirmaba que, en el espacio de la dogmática jurídica es posible distinguir los siguientes supuestos respecto a la cuantía de los procedimientos: a) inestimable, por tratarse de un litigio de naturaleza no económica, b) indeterminada, por no ser valuable su "quantum" por las reglas del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y c) no determinada -o determinable- en donde cabría su traducción pecuniaria merced a los auxilios del mentado precepto o por la indicación de su valor por el actor. Esta clasificación ha sido recogida en sentencia de 26 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1260), y en la de

21 de julio de 1994 (RJ 1994, 6520), se diferencian los conceptos de `valor inestimado´ y `valor inestimable´´´”.

Algunas de las reglas del art 401 ACPC, relativas a la determinación del valor de la pretensión, que siguen a continuación no están exentas de cierta complejidad:

“2º) Cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase.

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

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

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

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

a. ACUMULACIÓN PRINCIPAL

Ocurre en ocasiones que en una misma demanda se acumulan varias pretensiones con carácter principal. Se ocupa de este caso el art. 402 ACPC.

La regla general es la de sumar el valor de cada una de las diversas pretensiones, constituyendo el resultado la cuantía del proceso. En este sentido, establece el primer inciso del art. 402.1 ACPC:

“Cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones principales, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la suma de todas ellas”.

Se establece una limitación cuando las acciones ejercitadas conjuntamente son de carácter real y se refieren a un mismo bien. En este caso, la cuantía de la demanda no podrá ser mayor que el valor del bien sobre el que se va a litigar. Así lo dispone el art. 402.2 ACPC:

“Cuando en una misma demanda se acumulen varias pretensiones reales referidas a un mismo bien mueble o inmueble, la cuantía nunca podrá ser superior al valor de la cosa litigiosa.”

b. ACUMULACIÓN EVENTUAL

Puede ser que la acumulación sea la denominada eventual. En tales casos, se plantean en el mismo proceso varias pretensiones que resultan incompatibles o excluyentes entre sí, de modo que sólo puede estimarse una de las acumuladas, pero no varias de ellas simultáneamente. Regula la acumulación objetiva eventual de acciones el art. 98 ACPC (“No obstante, el actor podrá acumular eventualmente pretensiones, con expresión de la pretensión principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada”). El actor deberá expresar qué acción es la principal y cuál la que ejercita para el solo caso de que no se estime la principal y, obviamente, el juez no podrá examinar las sucesivas pretensiones si acoge alguna de las planteadas con precedencia, porque lo pedido por el actor alcanza únicamente a una de aquéllas.

Es lógico que, puesto que no puede accederse a la totalidad de las peticiones acumuladas con carácter eventual, la determinación de la cuantía de la demanda deba hacerse por la pretensión acumulada de mayor valor, precisamente porque el juez no puede dar lugar conjuntamente y a la vez a la totalidad, sino a una sola, sea la formulada con carácter principal, bien las que se piden sucesivamente en la demanda para el caso de que no estime la principal. Piénsese que si fuera posible la estimación de todas, la cuantía litigiosa tendría que determinarse por la suma de todas.

Por tanto, el valor de lo concedido en el proceso, a pesar de que se hayan podido llegar a analizar varias pretensiones, que se hubieran tenido que ir desechando en cadena hasta estimar una, o desestimar todas ellas, nunca excederá de la cuantía de la pretensión que alcance el valor mayor. Así lo dispone el segundo inciso del art. 402.1 ACPC:

“salvo que estén acumuladas de forma eventual, en cuyo caso se determinará (el valor de la demanda) atendiendo a la de mayor valor”.

c. ACUMULACIÓN ACCESORIA

La acumulación es accesoria cuando junto con la acción principal se pidan intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios. En estos casos, la cuantía de la demanda se determina por el valor de la suma reclamada constitutiva del principal, sin tener en cuenta los demás concepto, pese a que si se estima la pretensión principal la sentencia deberá extenderse (acogiendo o rechazando) a las pretensiones accesorias; y, a la inversa, en el caso de que se rechace la petición principal, ya no habrá lugar a decidir sobre las accesorias. Así lo regula el art. 402.2 ACPC:

“Si con la pretensión principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por el valor del principal, sin tomar en cuenta los frutos, intereses o rentas.”

B. CONTROL DE LA CUANTÍA DEL PROCESO

Las normas relativas a la determinación del proceso adecuado tienen carácter imperativo, son de obligado cumplimiento, por lo que su aplicación práctica no puede ser alterada por el acuerdo de las partes, o por el asentimiento de una de ellas a lo hecho por la otra en contradicción con la disciplina legal. En este sentido, proclama el art. 403.1 ACPC:

“Las normas sobre la clase de proceso por el que habrá de sustanciarse una pretensión tienen carácter imperativo”.

Esta indisponibilidad por las partes de las reglas determinantes del proceso adecuado en cada caso debe conllevar la existencia de un control de la recta aplicación de las mismas. Dicho control puede ser de dos clases, ya que o bien lo lleva a cabo el propio órgano judicial, o bien se encomienda a las partes, más concretamente, a la demandada.

El ACPC opta por el control doble, por lo que puede llevarlo a cabo tanto el juez como la parte contraria a la que aplica incorrectamente la normativa de referencia.

1. CONTROL DE OFICIO

El art. 403. 1 ACPC, tras proclamar el carácter imperativo de las normas reguladoras de la clase de proceso, añade que las mismas

“podrán ser apreciadas de oficio por el juez. Si se considerase que el proceso determinado por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, el juez dará al asunto la tramitación que corresponda.”

La existencia del control de oficio es coherente con la imperatividad de la disciplina. Sería contradictorio que, tras enunciar dicho carácter de indisponibles, se dejara la aplicación de las normas al arbitrio exclusivo de las partes, que podrían encauzar el proceso por trámites diferentes a los previstos legalmente.

En un sentido amplio, control judicial existe también cuando es el juez el que decide sobre la impugnación de la cuantía por una de las partes. Ahora nos referimos al control de oficio, que es el que lleva a cabo el juez sin necesidad de que haya sido instado previamente por las partes y aun contra la opinión de las mismas. Mediante el control de oficio se garantiza, desde el momento inicial, la pureza del procedimiento y su desenvolvimiento por los cauces adecuados según la ley a la cuantía y naturaleza de la pretensión que se ejercita.

En esta materia no rige el principio de rogación, ni tampoco el dispositivo. Cada pretensión debe tramitarse con arreglo al proceso adecuado, pese a que el demandante pretenda conducirla por otro, con o sin la aquiescencia de la parte contraria. Por ello se ordena al juez que de a la demanda la tramitación que legalmente corresponda, pese a que haya sido otro el determinado por el actor en el escrito inicial.

Obsérvese, no obstante, que este control de oficio de la cuantía se establece solamente para el caso de que la incorrecta determinación de la misma acarree consecuencias procesales. Por ejemplo, si en la demanda el actor fija la cuantía en 40.000 lempiras y el juez advierte que la correcta valoración es 55.000 lempiras sí procederá el control de oficio y el encauzamiento de la reclamación por los cauces del proceso ordinario, en lugar de por el abreviado indicado en la demanda, precisamente porque la errónea valoración tiene una clara consecuencia procesal. En cambio, si la cuantía establecida en la demanda es 40.000 lempiras y entiende el juzgador que es más correcta la de 45.000 lempiras, no se producirá efecto alguno, ni deberá corregirse aquella, precisamente porque en ambos casos (40.000 ó 45.000 lempiras) el proceso adecuado es el abreviado.

2. IMPUGNACIÓN DE LA CUANTÍA POR EL DEMANDADO

Se establece, además y con independencia del que lleva a cabo el Juez, un control que, aunque corresponda al juzgador la decisión final, se insta por la parte demandada, que puede provocar la fiscalización judicial de la corrección de la fijación de la cuantía por el actor. Como en el supuesto de control de oficio, solamente tiene cabida cuando la errónea determinación de la cuantía tenga incidencia en el trámite procesal. Dice en este sentido el art. 404.1 ACPC:

“El demandado podrá impugnar la clase de proceso que haya planteado el actor cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el proceso a seguir sería otro diferente, bien porque deba tramitarse como un proceso especial, o como otro ordinario por razón de la materia o de la cuantía de la demanda.”

Siendo dos los procesos declarativos ordinarios y diferente su tramitación, distinto es también tanto el momento procesal oportuno para la impugnación de la cuantía, como el de su resolución, según se trate del juicio ordinario o del abreviado. Así, con arreglo a los apartados 2 y 3 del mismo art. 401 ACP:

“2. En el procedimiento ordinario se impugnará la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía en la contestación a la demanda y la cuestión será resuelta en la audiencia preliminar.

3. En el procedimiento abreviado, el demandado impugnará la cuantía o la clase de proceso en la audiencia, y el juez resolverá la cuestión en el acto, oído el demandante y antes de entrar en el fondo del asunto”.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. DILIGENCIAS PREPARATORIAS

1. CONCEPTO Y CLASES

a. CONCEPTO

Aunque de carácter accesorio al ejercicio de la acción, hay unas previsiones legales que posibilitan la efectividad del mismo y que se configuran como una serie de medidas adecuadas para la preparación del juicio. Son las diligencias preparatorias que el ACPC regula en los artículos 405 y siguientes y que encabezan la regulación de las que se denominan “cuestiones preliminares”.

Mediante las diligencias preparatorias, quien se dispone a interponer la demanda procura armarse de la prueba adecuada para triunfar en el debate que se va a trabar en los tribunales o, por lo menos, despejar dudas sobre la titularidad o la existencia del objeto sobre el que girará el juicio, si llega a formularse la demanda. También pueden servir para preparar el proceso, aclarando algún elemento sobre el tema de fondo. Se ha dicho en este sentido por la doctrina procesalista que su finalidad puede ser tanto despejar dudas sobre la afirmación de titularidad que se va a hacer en un futuro proceso, pretendiendo así evitar la realización de actividad jurisdiccional inútil, como preparar el futuro proceso, aclarando algún elemento desconocido del tema de fondo².

La ley procesal no ofrece un concepto de diligencias preparatorias, pero permite formular el mismo, en la medida en que indica cuál puede ser su contenido y, sobre todo, su utilidad.

Dice en este sentido el art. 405.1 ACPC:

“Todo proceso podrá prepararse pidiendo el futuro demandante, o quien con fundamento prevea que será demandado, la práctica de las diligencias necesarias para la presentación de la demanda, para la preparación de la defensa, o para el eficaz desarrollo del procedimiento.”

Se caracterizan por la que podemos llamar provisionalidad condicionada. Es decir, condicionadas en cuanto no persistirán, aunque se hayan acordado por el juez, más allá de un mes, a no ser que en dicho plazo se interponga la demanda que mediante las mismas se quiso preparar. Como veremos al examinar el

² MONTERO AROCA, J.: Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil. 14ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2005. Pg. 154.

procedimiento, la consecuencia de la falta de interposición de la demanda en dicho plazo no será solamente la pérdida de efecto de la diligencia acordada, sino también la pérdida a favor del afectado de la caución que prestó el solicitante (art. 408.3 ACPC).

Dispone el apartado 2 del art 405 ACPC:

“Las diligencias preparatorias practicadas perderán su eficacia si el solicitante no interpone la correspondiente demanda en el plazo máximo de un mes, no pudiendo ser invocadas.”

b. CLASES

La enumeración legal de las diligencias preparatorias que pueden acordarse no es meramente ejemplificativa o de “*numerus apertus*”. Se rige por el sistema de “*numerus clausus*” o de tipicidad legal. Solamente cabe la adopción de alguna de las medidas preparatorias que enumera la ley, bien sea el Código Procesal Civil, bien se prevean las mismas en leyes especiales. La consecuencia de ello es que, aunque puede darse el caso de que determinadas diligencias podrían servir al interesado que planea interponer la demanda para despejar dudas sobre el que será el objeto del proceso, o para aclarar la titularidad, pero no aparecen enumeradas en la norma, no podrán acordarse por el juez, pese a constarle su eventual utilidad.

El art. 406 ACPC comienza enunciado este carácter de “*numerus clausus*” de las diligencias preparatorias para, a continuación, relacionar las mismas:

“Sin perjuicio de las que específicamente puedan prever este Código o leyes especiales, las diligencias preparatorias podrán consistir en:

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

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

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

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

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

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

Vemos cómo algunas de las diligencias tienen por finalidad precisar determinadas cualidades de la persona a la que se pretende demandar; se trata de condiciones que, siendo personales, tienen a la vez relación con el que será el objeto del proceso concreto que el solicitante planea promover, si bien necesita antes conocer la capacidad, representación o legitimación del eventual demandado (1º); o la relación jurídica, el título que ostenta sobre la cosa que será el objeto material del futuro proceso y que ocupa (4º); parece que esta diligencia solamente podrá referirse a inmuebles, pues las cosas muebles se tienen, poseen o detentan, pero no se ocupan. También, refiriéndose a personas y no a cosas, pueden tener por finalidad asegurar que el proceso discurra sin las dilaciones a que podría dar lugar el cambio de domicilio del eventual demandado y el desconocimiento del nuevo, para lo cual se le requiere a fin de que señale un domicilio a efectos de notificaciones, de suerte que en el mismo se puedan practicar las que procedan, sin demoras en la progresión del juicio (5º).

Otras diligencias se refieren o recaen sobre cosas.

Así, para la exhibición, aseguramiento o acceso a examen de las que será objeto del futuro proceso, con lo cual el demandante confirma su existencia y puede examinar las mismas, a la vez que asegurar el resultado del juicio, evitando su deterioro, lo que más bien parece una medida cautelar; esta muestra o aseguramiento de la cosa puede recaer tanto sobre muebles, como sobre inmuebles, de los que puede predicarse el “acceso para examen” de que habla el texto legal (2º).

Se prevén igualmente medidas cuyo objeto son documentos. Bien aquellos en los que consten determinadas declaraciones con efectos jurídicos ó sean soporte de datos sobre sociedades (3º), bien aquellos de carácter privado cuya autoría o firma se atribuye al demandado (6º).

2. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

a. COMPETENCIA

La competencia para acordar y hacer efectiva la diligencia preliminar corresponde al juez del domicilio de la persona a la que afecte aquella, ya porque se le pida alguna declaración, o porque se le exija la exhibición de la cosa o

porque, de uno u otro modo, deba intervenir. Se pretende facilitar la práctica de la diligencia, en cuanto se atribuye la resolución y la gestión de la misma al juez más cercano al afectado. Solamente cuando no se conozca este dato es competente el juez del domicilio del solicitante. El art. 407.1 ACPC dice que:

“La solicitud se dirigirá al tribunal del domicilio de la persona que deba declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones. Cuando esta circunstancia se desconozca será competente para conocer el Juzgado del domicilio del solicitante.”

Cabe advertir que, por más que se atribuya la competencia al juez del domicilio del peticionario de la diligencia y así se evite que no pueda solicitarse la misma cuando no se conozca el domicilio del afectado por aquella, difícilmente podrá llevarse a cabo si se tiene en cuenta que su práctica exige la intervención del afectado, pues en otro caso quedará la misma bloqueada.

La preservación de que el tribunal que conozca sea el competente con arreglo a la ley exige el control de oficio de la competencia. Y para evitar el negativo efecto de dilaciones procesales provocadas de forma tal vez intencionada por el sujeto pasivo de la diligencia, ni siquiera se permite su impugnación:

“La competencia será examinada de oficio por el tribunal, sin que quepa impugnarla a instancia de parte.” (Art. 407.2 ACPC).

b. PROCEDIMIENTO Y OPOSICIÓN

Analizaremos, como integrantes del procedimiento, tanto el cauce legal que conduce a la adopción o a la denegación de la medida solicitada, como la oposición que el interesado puede formular contra la misma y las normas sobre costas y destino de la caución. Esta oposición, obviamente, no tendrá lugar si la respuesta judicial es negativa, como tampoco en el caso de que el afectado por la diligencia no la plantee en el breve plazo de que dispone.

1. El procedimiento de adopción de la diligencia preparatoria está sometido a una disciplina ciertamente rigurosa, no solamente para el afectado por la misma, sino también para el solicitante.

Respecto del solicitante porque,

1) Además de formular la solicitud por escrito, lo que parece normal, deberá indicar:

-su legitimación para pedirla,

- la identificación de aquél a quien pretende demandar,
- el objeto del proceso que prevé iniciar,
- la concreta medida que pide, que habrá de ser alguna de las enumeradas en el art. 406 ACPC o en leyes especiales,
- las personas que deban intervenir en su práctica, y
- los motivos de la petición, lo que exige una convincente, aunque no necesariamente extensa, argumentación acerca de la pertinencia de la medida y la necesidad de la misma para la correcta preparación y enfoque de la demanda.

(Art. 408.1 ACPC)

2) La solicitud de la medida 3ª del art. 406 ACPC, relativa a la exhibición de documentos que sean soporte de actos de última voluntad, o documentos, datos contables o cuentas societarias solamente podrá ser formulada por quien se considere sucesor, o por quien acredite que es socio o comunero. Se trata de un requisito que viene a precisar en qué ha de consistir la legitimación de peticionario cuando se intente la práctica de la diligencia (Art. 408.2 ACPC).

3) Debe ofrecer en el mismo escrito de solicitud caución con la que puedan indemnizarse los daños y perjuicios que se causen a las personas que deban intervenir en la práctica de la diligencia. Caución que, en su caso, se entregará a los afectados por la diligencia si en el plazo de un mes no se interpone la demanda ni se justifica el motivo que lo impida (art. 408.3 ACPC).

4) Si no hace efectiva la caución acordada en los tres días siguientes a la notificación del auto acordando la diligencia preparatoria, se acuerda el archivo de las actuaciones, sin que contra dicha decisión, que deberá revestir la forma de auto (art. 193.2.b ACPC), quepa recurso.

5) Los gastos que suponga la práctica de la diligencia son a cargo del solicitante (art. 413.1 ACPC).

6) Si, acordada y practicada la diligencia, no interpone la demanda en el plazo de un mes, quedan las medidas sin efecto y pierde la caución a favor de los afectados por aquellas (art. 413.3 ACPC).

Para el afectado por la medida, porque:

1) El juez adopta la decisión acerca de su práctica sin oírle, “inaudita altera parte” (art. 409. 1 y 2 ACPC), a diferencia de lo que sucede cuando se pide la adopción de una medida cautelar (art. 384).

2) El auto que acuerda la medida no es susceptible de recurso de apelación (art. 409.3 ACPC).

3) La única reacción procesal que cabe frente a la decisión judicial favorable a la solicitud es la formulación de oposición, que da lugar a un incidente (art. 410 ACPC).

4) La decisión judicial debe adoptarse en plazo de tres días y solamente si se deniega la petición es apelable (art. 409. 1 y 3 ACPC).

La regulación de la materia se encuentra en los arts. 408 y 409 ACPC:

“Artículo 408.- Procedimiento.

1. La solicitud de práctica de diligencias preparatorias deberá formalizarse por escrito, expresando en ella la legitimación del solicitante, la parte contra quien promoverá el proceso, el objeto del mismo y la finalidad concreta de la medida, los fundamentos que la apoyen, las medidas que se interesen del tribunal y, eventualmente, las personas que en ellas deban intervenir.

2. La exhibición por el poseedor de documentos en los que consten actos de última voluntad, o documentos, datos contables o cuentas societarias sólo podrá ser solicitada por quien se considere sucesor, o por quien acredite ser socio o comunero.

3. En la solicitud deberá constar, además, el ofrecimiento de caución para responder de los gastos y de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse a las personas cuya intervención sea requerida. Si en el plazo de un mes desde la conclusión de las diligencias preparatorias el solicitante no ha interpuesto la demanda ni ha justificado debidamente causa que lo impida, la caución se perderá a favor de dichas personas.

Artículo 409.- Resolución sobre la solicitud.

1. El juez deberá resolver en los tres días siguientes a la presentación de la solicitud si le da curso.

2. Si considera justificada la petición, y cumplidos los requisitos exigidos, se dictará auto ordenando la práctica de las diligencias interesadas y la fijación de la caución, dando traslado de la solicitud y del auto de admisión a los interesados.

En otro caso, el tribunal denegará la petición mediante auto que será notificado al solicitante.

3. El auto por el cual se decida sobre la petición de diligencias preparatorias sólo será apelable cuando las deniegue.

4. Si dentro del plazo de los tres días siguientes a la notificación de la admisión el solicitante no presta caución en alguna de las formas previstas en este Código, el juez acordará el archivo definitivo de las actuaciones. Contra esta decisión no cabrá recurso alguno”.

2. La oposición es la que puede plantear el requerido dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto accediendo a la diligencia preparatoria. El escrito en que sea contenga deberá estar fundamentado, ya que su finalidad es convencer al tribunal de la improcedencia de aquella.

Mediante el escrito de oposición se da lugar a un breve incidente procesal, ya que se convoca al solicitante y al oponente a una audiencia, que se celebra con arreglo a los trámites del procedimiento abreviado y se resuelve por auto, apelable si se acoge la oposición.

Se regulan expresamente las costas, que se impondrán al requerido cuya oposición se desestime. Esta precisión legal lleva a la conclusión de que no habrá condena en costas si se estima, pues parecería injusto que se impusieran al solicitante que se limitó a defender la decisión judicial previamente adoptada.

El supuesto de estimación de la oposición configura la situación en que deberá adoptarse alguna decisión expresa sobre la aplicación de la caución. También en el caso de que se acuerde la práctica de la diligencia podrá indemnizarse al afectado, siempre que justifique los motivos para ello. Así resulta del texto del art. 413.2 y 3 ACPC.

Y, tras haberse llevado a cabo la diligencia e indemnizado al afectado, el sobrante de la caución no se entrega al solicitante hasta que transcurra el mes de que dispone para la presentación de la demanda, ya que si no la presenta, ese remanente se entregará al requerido (arts. 408.3 “in fine” y 413.3 ACPC).

La regulación positiva de la oposición, costas y destino de la caución, se contiene en los arts. 410 y 413 ACPC:

“Artículo 410.- Oposición.

1. Dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto acordando la práctica de diligencias preparatorias, el requerido podrá oponerse a ellas mediante escrito debidamente fundamentado dirigido al tribunal.

2. *Recibido el escrito de oposición, se convocará a los interesados a una audiencia, que se celebrará dentro de los cinco días siguientes con arreglo a las normas del procedimiento abreviado.*

3. *El incidente de oposición se resolverá mediante auto, recurrible sólo si se estima justificada la oposición. En otro caso se ordenará la continuación de los trámites, imponiendo al requerido el pago de las costas que hubiera generado el incidente.*

(.../...)

Artículo 413.- Aplicación de la caución y costas.

1. *Salvo lo expresamente previsto para el incidente de oposición, y para los casos de negativa del requerido, los gastos ocasionados a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias preparatorias serán de cargo del solicitante.*

2. *A estos efectos, cuando se hayan practicado las diligencias acordadas, o se hayan denegado por considerar justificada la oposición, el juez resolverá mediante auto, en el plazo de tres días, sobre la aplicación de la caución a la vista de la petición de indemnización y de la justificación de gastos que se le presente, oído el solicitante.*

3. *Cuando, aplicada la caución conforme al numeral anterior, quedare remanente, no se devolverá al solicitante hasta que transcurra el plazo de un mes para presentar la demanda.”*

3. NEGATIVA DEL REQUERIDO

La realización de las diligencias preparatorias exige un cierto grado de colaboración por parte del afectado por las mismas. Colaboración que no debe entenderse como asentimiento a las pretensiones del promotor de las diligencias, ni tampoco prestación de auxilio para que el resultado de las mismas se ajuste a los intereses de quien planea la presentación de la demanda. Se trata, simplemente, de que el afectado por la diligencia se avenga a exponer cuál es su título de legitimación, o cuál su capacidad, exhiba los documentos que se piden, etc, según la naturaleza de la diligencia (art. 406 ACPC).

Pero puede suceder que el afectado se niegue, pura y simplemente, a prestar su colaboración. Ante esta eventualidad, es fácil entender que la diligencia acordada y, en suma, la finalidad de la misma, quedaría vacía de contenido por la

exclusiva voluntad del requerido, pues sólo de él dependería que la misma pudiera llevarse a cabo, con independencia de su eventual resultado.

A fin de evitar la frustración de la diligencia acordada por la simple negativa a colaborar del requerido o afectado por la misma, la ley articula una reacción del órgano jurisdiccional adecuada al caso:

1) Cuando se trata de responder a cuestiones sobre la capacidad, representación o legitimación del requerido, ó de verificar la existencia de actos de última voluntad, o comprobar las cuentas societarias, la norma opta por tener por contestadas en sentido afirmativo las preguntas que se pretendía formular y como ciertos los hechos derivados de las mismas.

Disponen los dos primeros apartados del art. 411 ACPC que en tal caso de negativa, el tribunal podrá:

“1º) Tener por ciertas las respuestas afirmativas a las preguntas que el solicitante pretendiera formularle en orden a la capacidad, representación o legitimación del requerido, teniendo asimismo por aceptados los hechos que de ellas se deriven. El hecho quedará fijado sin perjuicio de la prueba en contrario que pueda articularse una vez iniciado el proceso. También se podrán tener por ciertos los hechos cuando el citado respondiere en forma evasiva o rehusara contestar.

2º) Tener por ciertas las afirmaciones hechas por el solicitante cuando se trate de cuentas o datos relativos a sociedades o comunidades. El hecho quedará fijado con la salvedad establecida en el número anterior.”

Ha de tenerse en cuenta que esta especie de presunciones legales se activan tanto en caso de franca negativa del requerido, como cuando éste responda en forma evasiva o rehúse contestar.

Y, en todo caso, son consecuencias legales que surten sus efectos en el ámbito de las diligencias preparatorias en que se producen, lo que no condiciona el resultado, ni la valoración de la prueba que se practique en el posterior proceso. Por lo tanto, puede suceder que el resultado de esta prueba contradiga la consecuencia legal que se anuda a la negativa del requerido, en cuyo caso prevalecerá la valoración judicial de la prueba practicada en el juicio.

2) En el caso de que la diligencia haya de consistir en la exhibición o verificación de la existencia y estado de cosas o documentos, la reacción judicial es más agresiva. Se ordenará el secuestro de la cosa, libros o documentos de cuya exhibición se trate, aunque para ello sea necesario la entrada y registro del lugar cerrado en que pueda encontrarse o el acceso a bases de datos. Así se establece en el art. 411.3º ACPC:

“Ordenar el secuestro de la cosa, los títulos, libros o documentos cuya exhibición ha sido solicitada, lo que podrá comprender la entrada y registro en lugar cerrado en el que presumiblemente se halle o el acceso a bases de datos personales o de personas jurídicas. Los títulos y documentos serán puestos a disposición del solicitante en la sede del tribunal. Respecto de las cosas, el solicitante podrá pedir su depósito, conservación o examen, adoptando en este último caso las medidas necesarias para garantizar la integridad de la cosa o la conservación de cantidad o muestras suficientes para posteriores exámenes.”

Dada la índole de las medidas reactivas previstas en el art. 411 ACPC, establece el art. 412 ACPC que la resolución judicial en que se acuerden deberá revestir la forma de auto. Y solamente será susceptible de recurso de apelación suspensivo el que ordene la entrada y registro o el acceso a bases de datos.

Puesto que es el requerido reticente quien da lugar a la reacción judicial, los gastos que genere la práctica de las diligencias en estos casos serán de su costa (art. 411.2 ACPC), a lo que debe añadirse la posibilidad de imposición de una multa de uno a tres salarios mínimos, compatible con la exigencia de otras responsabilidades (por ejemplo, de carácter penal, o incluso civil si su actitud obstativa dio lugar a que el solicitante sufriera perjuicios económicos), tal como establece el art. 412.2 ACPC.

B. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

1. PROCEDENCIA

La reclamación administrativa previa, regulada en el art 414 ACPC, es considerada un privilegio de la Administración pública, que inicialmente se presentó como un sustituto del acto de conciliación, pero que hoy en día no puede encontrar esta justificación ya que, mientras el acto de conciliación es voluntario, el requisito de la reclamación administrativa previa se configura como una exigencia para la viabilidad del proceso.

No puede negarse que supone una ventaja para la Administración, difícilmente conciliable con la igualdad de partes que debe regir en el ámbito de proceso civil, en el que se ventilan cuestiones atinentes al derecho privado.

Dispone el art 414.1 ACPC:

“Cuando la Administración pública, en los términos fijados por las leyes, deba ser parte demandada en un proceso civil por controversias fundadas en Derecho privado, no se admitirá la demanda a trámite si no se acompaña certificación válida de haberse denegado la petición objeto del proceso en la vía administrativa

previa, debiendo vigilar de oficio el tribunal la concurrencia de este requisito, sin perjuicio del derecho de la parte a alegarlo en la contestación a la demanda en el juicio ordinario o al principio de la audiencia en el juicio abreviado.”³

Se configura como un requisito de admisibilidad de la demanda, sin cuya acreditación no es posible el inicio del proceso.

El **control** del cumplimiento de este requisito es doble:

a) De oficio: Mientras en otras legislaciones se cuestiona si su falta constituye un requisito procesal apreciable de oficio o solamente a instancia de parte⁴, el precepto que acaba de transcribirse establece con claridad que es cometido del juzgador el control de si se ha cumplido con el requisito procesal que comentamos.

b) A instancia de parte: El control que debe ejercer el tribunal es compartido con la parte demandada, que puede alegarlo en dos diferentes momentos del proceso.

El **momento procesal** para apreciar la carencia de la reclamación administrativa previa depende del sujeto procesal que fiscalice la misma:

a) El control de oficio debe llevarlo a cabo el juez en el primer momento que le es posible, esto es, cuando se presenta la demanda y al evaluar su admisibilidad, en que deberá advertir la falta de acreditación del requisito.

No obstante, puesto que se atribuye al órgano jurisdiccional el ejercicio del control, debe entenderse que puede advertir la falta, aunque haya admitido a trámite la demanda, en cualquier momento del proceso, antes de dictar sentencia.

b) El momento procesal en que puede instarse el control por la parte demandada depende de la clase de proceso:

1. En el juicio ordinario ha de ser en la contestación a la demanda, que es la primera ocasión en que el demandado puede contrarrestar la pretensión del actor.
2. En el procedimiento abreviado, debe alegarse el defecto procesal al comienzo de la audiencia.

³ Como luego se verá al tratar las especialidades del proceso ordinario, una excepción a esta regla general se contiene en el art 541 ACPC, que dispone que no es necesaria la reclamación administrativa previa para interponer la pretensión de cesación o rectificación de la publicidad ilícita cuando el anunciante sea un organismo administrativo o un ente público.

⁴ MONTERO AROCA sostiene que no es apreciable de oficio, por lo que su carencia tiene virtualidad si lo alega la parte, pero no en otro caso. “Derecho Jurisdiccional II”. Ed. 14ª. Pgs. 141 a 143.

Esto es lo que dispone el art. 414.1 ACPC. No obstante, pueden plantearse dos cuestiones acerca del control a petición de parte.

En primer lugar, si cabe la interposición de recurso de reposición (art. 695 ACPC) contra la resolución de admisión a trámite de la demanda, sin necesidad de esperar al momento de la contestación o al inicio del juicio (según se trate del procedimiento ordinario o del abreviado).

En segundo término, si el momento procesal que en cada caso establece el artículo citado es preclusivo, de suerte que la parte que dejó pasar el mismo no tiene ulterior ocasión de denunciar la falta de reclamación administrativa previa. Por un lado, la parte que no alegó la carencia cuando la ley lo dice, no podrá hacerlo valer como derecho. Sin embargo, precisamente porque se trata de un defecto apreciable de oficio, puede también entenderse que, sin perjuicio de lo que acaba de decirse, nada puede impedir al demandado que ponga de manifiesto ante el tribunal la deficiencia del contrario, para que el juez adopte la decisión que crea oportuna, bien que en tal caso deberá entenderse que el control se ha llevado a cabo de oficio por el órgano judicial que ha tenido noticia de la falta de acreditación en el proceso de la previa reclamación administrativa.

2. EFECTOS

1. La reclamación administrativa previa y la denegación de la solicitud no plantea problema alguno. Queda expedita la vía jurisdiccional civil.

2. La falta de reclamación administrativa previa, aunque impide en principio la viabilidad del proceso, es un defecto subsanable.

Así lo establece el art. 414.2 ACPC:

“La falta de reclamación administrativa previa, que será subsanable mientras no haya prescrito o caducado el derecho, suspenderá el procedimiento civil y se tramitará conforme a lo dispuesto en las leyes administrativas.”

La falta de reclamación previa, denunciada por la parte o apreciada de oficio por el juez, es subsanable, por lo que la única consecuencia ha de ser el requerimiento a la parte para que remedie dicha carencia, lo que dará lugar a la suspensión del proceso en tanto no se haya tramitado y sustanciado aquella.

Dice el art. 414.2 ACPC que la posibilidad de subsanación subsiste *“mientras no haya prescrito o caducado el derecho”*. En puridad, no se trata tanto de que en estos casos de prescripción o caducidad del derecho no sea posible la subsanación, como de que si el derecho ha prescrito o caducado y, por lo tanto,

no puede ejercerse ante los tribunales, la falta o acreditación de la reclamación previa deja de ser relevante.

Ahora bien, la dicción legal plantea el problema de si la formulación de la reclamación previa suspende los plazos de caducidad e interrumpe los de prescripción para el ejercicio de acciones de cualquier clase, siendo el día inicial de la suspensión el de la presentación de la reclamación y el día final el siguiente al de la notificación de la resolución⁵.

Debe tenerse en cuenta, tanto a estos efectos, como en orden a tener por denegada la petición aun a falta de expresa resolución, la regulación del silencio administrativo y cuando tiene lugar este⁶.

3. Si la reclamación es estimada por en la resolución expresa, el proceso pierde su razón de ser por carecer ya de objeto. La estimación puede ser simplemente parcial y entonces puede acudir al proceso para la parte no estimada.

Si es desestimada, queda expedito el camino para la interposición de la demanda o, si ya se había iniciado el proceso, para la continuación de éste.

4. Aunque el precepto de referencia no resuelve expresamente el problema, debe entenderse que debe existir correlación entre la reclamación previa y la pretensión contenida en la demanda, ya que si en ésta se formula una petición diferente, resultará que respecto de la misma falta la previa reclamación.

Y, en el mismo sentido, la Administración demandada no podrá aducir en la contestación motivos de oposición distintos a los contenidos en la resolución denegatoria de la reclamación previa, pues si así lo hiciera privaría de sentido y contenido efectivo al requisito, llegando a entender parte de la doctrina que esta variación causa indefensión al actor⁷.

5. La jurisprudencia española ha sido extremadamente flexible en la aplicación del requisito de la reclamación administrativa previa. En no pocas ocasiones ha entendido que es subsanable en cualquier momento del proceso, que no puede ser óbice al derecho a la tutela judicial efectiva, habiéndose llegado a sostener en alguna sentencia que, puesto que su finalidad es que la Administración se vea envuelta en un proceso sin antes haber tenido oportunidad

⁵ Así lo entiende MONTERO AROCA. Obra citada, pgs. 143 y 144.

⁶ La Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto numero 152-87 de 28 de septiembre de 1987. Gaceta no.25391 del 01/12/1987) dispone en su Artículo 9 que “el silencio de la administración tendrá valor de declaración de voluntad presunta, solamente en los casos en que la ley le atribuya un efecto positivo o negativo.

⁷ Esta es la opinión de MONTERO AROCA. Obra citada, pg. 145.

de atender a la petición del ciudadano, la oposición a la demanda evidencia su falta de disposición a la avenencia y, por lo tanto, la irrelevancia del requisito en el caso concreto.

La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de España (STS) de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003\8291)⁸, recordando otras anteriores, recoge lo dicho en la anterior STS de 3 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6501), en el sentido de que

“(la) doctrina jurisprudencial de esta Sala mantiene que el requisito previo de la reclamación administrativa para el ejercicio de toda clase de acciones fundadas en derecho privado contra el Estado, ha de ser interpretado con criterios de flexibilidad y de adaptación a las pautas contenidas en el artículo 3-1 del Código civil, pues se trata de un defecto subsanable a lo largo del proceso, y que por lo tanto no existe en nuestro ordenamiento jurídico actual base alguna para que esta exigencia de la reclamación previa, totalmente formal, del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo opere como condicionante absoluto del ejercicio de las acciones civiles, y debe ser obviada en aras de la efectividad de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española (sentencias de 24 de marzo [RJ 1992\2283] y 29 de octubre de 1992 [RJ 1992\8178], 15 de marzo de 1993 [RJ 1993\2280] y 12 de mayo de 1994 [RJ 1994\3572] entre otras). Todo lo anterior aparece corroborado, asimismo, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que establece la equiparación del acto de conciliación y la reclamación previa en vía administrativa (sentencias 20 de marzo de 1975 [RJ 1975\1328], 26 de mayo de 1988 [RJ 1988\4340] y 31 de diciembre de 1993 [RJ 1993\9926]), sobre todo cuando dicha doctrina sostiene, también, que el acto de conciliación a partir de la reforma procesal de la Ley 34/1984, de 6 de agosto (RCL 1984\2040 y RCL 1985, 39), estableció el carácter facultativo de dicho acto previo procesal, adquiriendo un carácter totalmente voluntario». Mas recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002\4062) reitera la línea jurisprudencial sostenida, aparte de otras, en las sentencias de esta Sala de 15 de febrero (RJ 1996\1405) y 15 de marzo de 1996 (RJ 1996\2179), 27 de enero (RJ 1997\21) y 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8734), y recuerda que la exigencia de la reclamación previa tiene como finalidad esencial la de impedir que la Administración, en sus distintos grados y categorías, entre en un proceso sin haber tenido la oportunidad de evitarlo, lo que, sin duda, conduce a una ineludible semejanza con el instituto de la conciliación procesal civil, debido a que ambos actúan a modo de conocimiento de un futuro litigio y, en su caso, como mecanismo para eludir su iniciación, y en virtud de esta semejanza o equiparación, no obstante las diferencias a reconocer entre uno y otro, ello origina, a su vez, que la falta de reclamación previa se ubica plenamente en la categoría de los defectos corregibles, de manera que su petición ha de ser

⁸ La referencia RJ seguida de la mención de un año y de un número corresponde a la base de datos de la Editorial Aranzadi (Pamplona. España).

interpretada con criterios de flexibilidad y de adaptación conforme a las pautas contenidas en el artículo 3-1 del Código Civil pues su falta constituye una anomalía susceptible de enmienda a lo largo del proceso y no existe base alguna en nuestro ordenamiento jurídico para que su demanda, más bien formal, actúe como condicionante absoluto del ejercicio de las acciones y debe ser obviada en aras de la efectividad de la tutela judicial proclamada en el artículo 24 de la Constitución”.

C. MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

La Sección tercera del Capítulo del ACPC que se ocupa de las cuestiones preliminares regula conjuntamente la mediación y la conciliación en el ámbito del proceso civil.

Se trata de conceptos distintos.

La **conciliación** es el esfuerzo que las partes desarrollan ante un tercero para evitar el proceso.

El artículo 2 de la Ley de Conciliación y Arbitraje ofrece un concepto al decir que

“La conciliación es mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas naturales o jurídicas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado que se denominará conciliador”.

La **mediación** tiene la misma finalidad que la conciliación, consistente en solucionar las discrepancias existentes entre las partes. Para lograr esta finalidad, éstas acuden a personas u organismos especializados, que intentaran el logro de un acuerdo satisfactorio para ambos que evite el proceso, aunque sea a costa de recíprocas cesiones de las respectivas posturas que han venido manteniendo los litigantes.

Mediación y conciliación tienen en común el ser mecanismos autocompositivos de solución de conflictos. Las personas en conflicto procuran la solución mediante la ayuda o intervención de un tercero, que se limita a colaborar en el logro de la solución, pero sin llegar a imponer la misma. En esto se diferencian de los instrumentos de carácter heterocompositivo, en lo que un tercero (juez, árbitro) establece e impone a los contendientes cuál ha de ser la solución del pleito.

El art. 415 ACPC no contiene una completa regulación de ambas instituciones, limitándose a establecer su carácter voluntario y que de la posibilidad de acudir a dichos instrumentos de solución de conflictos debe hacerse uso antes del inicio del procedimiento.

“1. Antes de iniciar un proceso civil se podrá instar la conciliación del modo previsto en la ley reguladora de la misma.

2. Del mismo modo, de acuerdo con la Ley se podrá acudir a un organismo de mediación para evitar el proceso.”

Esta voluntariedad parece difícilmente compatible con el contenido del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial , cuyo art. 19 prevé el carácter obligatorio de la conciliación e incluso la creación de juzgados especializados.

No obstante, aunque no venga expresamente previsto por la ley, nada debería impedir que, una vez iniciado el proceso, las partes que deseen la solución de su discrepancia fuera del procedimiento, soliciten la suspensión al amparo del art. 168 ACPC y acudan a la conciliación o al adecuado organismo de mediación.

D. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

1. CONCEPTO

El ACPC regula la abstención y recusación en el Título Segundo del Libro Primero, dedicado a las Disposiciones Generales. No existe, sin embargo, ningún inconveniente en que nos ocupemos de ellas en el ámbito de las cuestiones preliminares, en la medida en que ambas pueden afectar al desarrollo del proceso desde el inicio del mismo, sin perjuicio de que puedan plantearse en un momento avanzado de su progresión.

Abstención y recusación tienen en común su estrecha relación con el derecho al juez imparcial y son las mismas las causas en que pueden basarse una y otra, aunque varía la perspectiva.

La **abstención** obliga al juez a apartarse del conocimiento de un asunto en el que podría verse comprometida su imparcialidad, siempre que concurra alguna de las causas legalmente previstas. Constituye una excepción a la obligación que el art. 52 ACPC impone al juez de intervenir en los procedimientos que le estén atribuidos legalmente.

La **recusación** faculta a quien es parte en el proceso a invocar la concurrencia de alguna de las causas por la que debió el juez abstenerse y no lo hizo, para conseguir apartarle del conocimiento del proceso.

Mientras la abstención es una obligación del juez, la recusación es una facultad de la parte.

Dispone el art. 52 ACPC:

“Los jueces y magistrados y los auxiliares de los juzgados y tribunales están obligados a intervenir en todos los procedimientos que se tramiten ante ellos. Sin embargo, deberán abstenerse sin esperar a que se les recuse si concurre en ellos alguna de las causas de recusación determinadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

Los motivos de abstención y recusación, al ser aplicables a toda clase de procedimientos (civiles, penales, etc.) no se precisan en el ACPC, sino en el Anteproyecto del Ley Orgánica del Poder Judicial (ALOPJ).

El art. 79 ALOPJ enumera los que denomina impedimentos para juzgar:

“Todo (a) Magistrado (a), Juez (a) o Secretario (a) que se encuentre comprendido en algún o algunos de los impedimentos establecidos en el presente Artículo deberá de abstenerse de conocer:

- 1. Los asuntos en que él tenga interés directo o indirecto o de su cónyuge o compañera o compañero de hogar, o parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o por adopción hasta el segundo grado;*
- 2. Igualmente si después de iniciado el pleito, alguna de las personas indicadas en el párrafo anterior adquiere algún derecho en el juicio que se ventila;*
- 3. En los asuntos cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes o sus apoderados (as) legales, demostrada con hechos inequívocos;*
- 4. De los negocios o causas en que haya sido acusador (a), defensor (a), representante, apoderado (a), administrador (a), tutor (a) o curador (a) de las partes;*

-
5. *Los asuntos en que tenga que fallar como superior en grado, sobre una resolución dictada por alguno de sus parientes mencionados en el inciso uno de éste Artículo;*
 6. *Los negocios o causas en que sea o haya sido representante de alguna de las partes, o de cualquiera de los parientes comprendidos en los grados establecidos anteriormente en este Artículo;*
 7. *Tener parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o por adopción hasta el segundo grado con alguna de las partes o con sus abogados (as) o procuradores (as);*
 8. *Haber aceptado, herencia, legado o donación de alguna de las partes;*
 9. *Ser socio o partícipe con alguna de las partes;*
 10. *Cuando ha conocido en otra instancia o en casación en el mismo asunto;*
 11. *Si, alguna de las partes es deudor (a), fiador (a) o fiado (a), de su cónyuge o compañera o compañero de hogar, o de cualquiera de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;*
 12. *Si existe o ha existido en los dos años anteriores, causa penal en que haya sido parte, o sus parientes mencionados en el numeral 1, del artículo que antecede;*
 13. *Haberse producido, en los dos años precedentes a la iniciación del asunto, agresión, injurias o amenazas graves con alguna de las partes en el juicio o de sus parientes ya referidos;*
 14. *Habérsele impuesto alguna pena, o corrección disciplinaria, en virtud de queja interpuesta en el mismo negocio.*
 15. *Estarse tramitando o haberse tramitado entre él y cualquiera de las partes, en los seis meses precedentes de haberse iniciado el asunto, otro pleito entre él (ella), su esposa (o) o compañera (o) de hogar e hijos (as).*
 16. *Haberse interesado en asuntos de alguna de las partes, dando consejo, asesoría o externado opinión concreta. Excepto, las opiniones expuestas o informes rendidos por los (as) funcionarios (as), que no se refieran al asunto concreto, como los de carácter doctrinario o por requerimiento de otros poderes, o en casos de que conozca o haya conocido de acuerdo con la ley, no constituyen impedimento;*

17. *Haber emitido dictamen o intervenido como fiscal, perito (a) o testigo (a) de alguna de las partes, en el mismo asunto*".

Como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, existe una estrecha relación entre la imparcialidad del Juez y las causas de abstención y recusación (SSTCE 138/1985, 145/1988 y 136/1992), pues éstas son el remedio arbitrado por el legislador para asegurar que el juez que conoce del proceso no tiene relación con las partes o con su objeto que le hagan sospechoso de parcialidad.

El derecho al Juez imparcial es un derecho fundamental que se exige en todo tipo de procesos, también los civiles.

Recuerdan las Sentencias del Tribunal Constitucional de España (SSTCE) números 101 de 1984 y 6 de 1997 que el derecho de toda persona a que su causa sea juzgada "por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley" se extiende "a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil", según el art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950, y así ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias Sentencias (así, la de 21 de febrero de 1975, caso Golder; la de 28 de julio de 1981, caso Le Compte, y la de 24 de septiembre de 1982, caso Sporrong). De modo coincidente, el art. 14.1 del Pacto de Nueva York de 1966 sobre derechos civiles y políticos, establece que "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente independiente e imparcial, establecido por la Ley... para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

Tiene interés transcribir parte de la STCE 162/1999:

"La imparcialidad del Tribunal aparece así como una exigencia básica del proceso debido -"la primera de ellas", según expresión de la STC 60/1995, fundamento jurídico 3-, dirigida a garantizar que la razonabilidad de la pretensión de condena sea decidida, conforme a la ley, por un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso. Por eso, en la STC 299/1994, tuvimos oportunidad de recordar que el derecho al Juez imparcial es "... un derecho que, como se desprende de una reiterada doctrina de este Tribunal, siguiendo la sentada en el T.E.D.H. (Sentencias de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, y de 1 de octubre de 1982, caso Parsec), constituye sin duda una fundamental garantía en la Administración de Justicia propia de un Estado de Derecho (art. 1.1 C.E.), de ahí que deba considerarse inherente a los derechos fundamentales al Juez legal y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) (SSTC 47/1982, 261/1984, 44/1985, 148/1987, 145/1988, 106/1989, 138/1991 o 282/1993, entre otras)", desde el momento en que la nota de imparcialidad forma parte de la idea de Juez en la tradición constitucional. Ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como

criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados. A protegerlas se dirigen, sin duda, las exigencias de imparcialidad. La sujeción estricta a la ley garantiza la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, es decir, el resultado del enjuiciamiento”.

La doctrina del Tribunal Constitucional de España, aplicable a otros ámbitos jurídicos, puede resumirse en los siguientes puntos:

1º. La imparcialidad del tribunal es una exigencia básica del proceso, es inherente a los derechos al juez legal y a un proceso con todas las garantías.

2º. Su fundamento reside en garantizar que el único elemento de juicio que va a utilizar el Juez para resolver el litigio es la Ley y, para ello, es preciso conseguir que el juez sea un tercero ajeno a los intereses en litigio, separado y alejado de las partes.

3º. Para lograr esa separación y alejamiento, es preciso utilizar, en tiempo y forma, los mecanismos de la recusación que se conectan con la necesidad de que el juez no tenga conexiones acreditadas que puedan exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en contra de las partes.

4º. Esas conexiones, que pueden implicar la existencia de motivos espurios en la decisión, han de analizarse desde la perspectiva subjetiva (lo que exige excluir que el juez en su fuero interno haya tomado partido previamente o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos) y desde la perspectiva objetiva (desde la cual se pretende que el juez, aunque no haya exteriorizado convicción personal alguna, ofrezca garantías suficientes para excluir toda duda legítima, lo que conecta con la existencia de las causas funcionales y orgánicas que permiten situar al juez como un tercero ajeno a los intereses en litigio).

5º. La exigencia de acreditación de las causas por las que un juez puede ser apartado del conocimiento de un asunto, se basa en la existencia de sospechas objetivamente justificadas (exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos) que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa.

6º. No es suficiente, sin embargo, a la hora de apreciar estas causas con que las sospechas surjan en la mente de quien recusa al Juez, sino que es preciso valorar si tienen un grado de consistencia tal que permita afirmar que se encuentran objetiva y legítimamente justificadas.

7º. Las sospechas que expresan la indebida relación del Juez con las partes integran el concepto de imparcialidad subjetiva, mientras que las que evidencian la relación del juez con el objeto del proceso afectan a la que el TCE ha denominado imparcialidad objetiva.

Aunque la doctrina sobre la abstención y recusación se ha enunciado básicamente en el ámbito penal, donde adquiere mayor y más trascendental relevancia por la naturaleza de los derechos a los que afecta el derecho penal, es aplicable al ámbito civil, sustituyendo las referencias a la culpabilidad por aquellas otras que se relacionen con la solución del fondo del asunto y, obviamente, han de ser acomodadas a la propia estructura del proceso civil.⁹

Abstención y recusación se conciben como instrumentos de garantía de la imparcialidad del juzgador, de quien tiene que decidir la discrepancia existente entre las partes. Por lo tanto, carecen de sentido cuando el juez no tiene que resolver la discusión jurídica, lo que ocurre cuando es quien debe decidir acerca de una recusación planteada, así como cuando la función del juez no es resolutoria, lo que sucede si desarrolla funciones de auxilio judicial.

Por tal motivo, dispone el art. 55 ACPC:

“No será recusable el juez:

- a) *Para conocer de una recusación que esté llamado a resolver.*
- b) *En cumplimiento de actos de auxilio judicial.”*

Debe observarse que el art. 85 del ALOPJ prevé más motivos de los que acaban de consignarse.

2. ABSTENCIÓN

a. LEGITIMACIÓN Y TIEMPO

La **legitimación** para abstenerse viene determinada por el concepto de la institución. Si la abstención consiste en el apartamiento que del proceso lleva a cabo el propio juez que advierte la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas y el riesgo que ello puede suponer para su imparcialidad, es evidente que es el juez que se abstiene el legitimado para ello.

En cuanto al **tiempo** o momento procesal oportuno para llevar a cabo la abstención, nada dice la ley. Si, como será lo común, el motivo de abstención es anterior a la atribución al juez del conocimiento del proceso de que se trate, debe entenderse que, consciente aquél de la concurrencia de la causa, debe proponer su abstención inmediatamente. Si el motivo se produce o se conoce con posterioridad (por ejemplo, la existencia de determinada relación con alguna de las partes, tal vez no suficientemente identificada inicialmente), el juez o magistrado

⁹ ESCRIBANO MORA, F.: “El Proceso Civil” (Varios autores). Vol.II. Ed. Tirant lo Blanch. Pgs. 968-972.

deberá abstenerse en el momento en que sea consciente de la existencia del motivo.

Por lo tanto, no existe preclusión de la oportunidad de la abstención.

b. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

Debe tenerse en cuenta que la abstención no la decide el juez en quien concurra el motivo. Se limita a comunicar la misma, siendo otro órgano, la Corte Suprema de Justicia, el que decide sobre la pertinencia de la abstención y, por lo tanto, de quien depende que sea efectivo el voluntario apartamiento del juez del conocimiento de la causa.

Establece el art. 53.1 ACPC:

“Cuando un Juez de Letras o de Paz, o un Magistrado de una Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, se abstenga del conocimiento de un asunto por concurrir alguna de las causas de recusación, dará cuenta justificada al funcionario llamado por ley a subrogarlos y comunicará la abstención a la Corte Suprema de Justicia para que la apruebe, suspendiéndose entre tanto el curso del procedimiento.”

El primer efecto que produce la abstención es su sustitución por el legalmente designado para ello, siendo el segundo la suspensión del proceso, que entendemos deberá ser acordada por el llamado por ley a subrogar al abstenido.

La decisión definitiva sobre la suspensión la toma la CSJ, que puede decidir:

1º: que la abstención está justificada, en cuyo caso el juez o magistrado quedará definitivamente marginado del procedimiento, que seguirá su curso,

2º: que no hay motivo para la abstención, lo que obliga al abstenido a seguir al frente del proceso, cuya suspensión quedará levantada.

Disponen los apartados 2 y 3 del art. 534 ACPC:

“2. Si la Corte Suprema de Justicia no estimara justificada la abstención, el juez o magistrado deberá continuar con el conocimiento del asunto, sin perjuicio de que las partes puedan plantear la recusación.

3. Si se estimara justificada la abstención, el juez o magistrado se apartará definitivamente del procedimiento, levantándose la suspensión.”

3. RECUSACIÓN

a. LEGITIMACIÓN Y TIEMPO

La recusación tiene cabida en aquellos casos en que no se ha abstenido el juez o magistrado en quien concurría motivo para ello (“aun cuando nada haya expresado el juez o magistrado”, dice el art. 54.1 ACPC), así como cuando el juez se abstuvo y la CSJ estimó que la abstención era injustificada, lo que no impide a las partes el planteamiento de la recusación (“...sin perjuicio de que las partes puedan plantear la recusación”, establece el art. 53.2 “in fine” ACPC).

La legitimación la ostenta quien es parte en el proceso.

Debe plantearse en el primer momento en que es posible, esto es, en la primera actuación de la parte. Y si se conoce la concurrencia del motivo una vez iniciado el procedimiento, en los tres días siguientes a dicho conocimiento, siempre que no haya finalizado el proceso.

La oportunidad procesal es preclusiva, por lo que si no se formula la recusación en la primera intervención del promotor de la misma, o en los tres días siguientes al conocimiento de la causal, ya no podrá alegarse con posterioridad.

La regulación positiva se contiene en los dos primeros apartados del art. 54 ACPC:

“1. La recusación podrá promoverse por la parte interesada, aun cuando nada haya expresado el juez o magistrado, en la primera actuación que la parte realice en el proceso.

2. Si la causal se hubiera producido o conocido con posterioridad, deberá ser deducida dentro de los tres días de tenerse conocimiento de su existencia, hasta la conclusión del proceso.”

b. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

La decisión sobre la recusación la debe tomar un órgano distinto al recusado, cuya naturaleza depende según respecto de quién se plantee aquella.

Con arreglo al art. 56 ACPC:

“Decidirán los incidentes de recusación:

1º) Cuando el recusado fuere magistrado, el tribunal a que pertenezca.

2º) *Cuando fuere un juez, el que conozca de la pieza de recusación.*

3º) *Cuando fuere un auxiliar, el tribunal al que pertenezca.*

4º) *Cuando la recusación se refiere a un juez delegado, conocerá de ella el delegante, quien la resolverá sin más trámite.*

5º) *En cualquier otro caso se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.”*

La recusación se debe promover por escrito expresivo de su causa ante el tribunal en que actúa el juez o magistrado recusado. Así lo dispone el art. 57.1 ACPC:

“La recusación se planteará ante el órgano jurisdiccional donde desempeñe sus funciones el juez o magistrado recusado por medio de un escrito, en el que se deberá expresar concreta y claramente la causa legal y los motivos en que se funde.”

Una vez planteada, caben dos posibilidades:

1. Si el recusado acepta la recusación, deja de intervenir en el proceso en que aquella se haya formulado. Si el tribunal es unipersonal, se hace cargo del proceso el subrogado. Si el recusado forma parte de un órgano colegiado, se procede a su sustitución.

Según el art. 54.3 ACPC:

“Planteado el incidente, si el juez o magistrado aceptare como cierta la causa de recusación, se abstendrá de intervenir en el asunto y remitirá los autos al subrogado. Si se trata de un integrante de un órgano colegiado, será sustituido conforme a la ley.”

2. En el caso de que el recusado no acepte la existencia del motivo de recusación, cabe la posibilidad de que sea rechazada de plano por el tribunal que debe resolverla, si la considera “manifiestamente infundada”. Se evita de este modo que los intentos fraudulentos de apartar al juez del conocimiento de un determinado proceso den lugar a la tramitación de un incidente.

Art. 57.2 ACPC:

“Recibida la recusación se dará traslado de ella al recusado y, si no acepta como cierta la causa, el tribunal que conociere de la recusación podrá rechazarla de plano si la considerare manifiestamente infundada.”

Mientras pende la decisión sobre la procedencia de la recusación, el recusado no puede intervenir en el procedimiento en que se haya formulado, siendo sustituido por aquél a quien legalmente corresponda, tal como manda el inciso final del art. 54.3 ACPC.

Si no se aprecia la evidente falta de fundamento de la recusación, se abre un incidente, que se ajusta a los trámites del procedimiento incidental general, que es el regulado en los arts. 420 y siguientes ACPC (art. 57.4 ACPC).

Se concede a las demás partes un plazo de tres días para que expresen su opinión, conforme o disconforme, con la recusación, o si conocen alguna otra causa de recusación, que ya no podrán alegar posteriormente, a no ser que prueben que no la conocían en dicho momento. Dispone el art. 57.3 ACPC:

“En otro caso, se dará traslado del escrito a las demás partes del proceso para que, en el plazo común de tres días, manifiesten si se adhieren o se oponen a la causa de recusación propuesta o si, en aquel momento, conocen alguna otra causa de recusación. La parte que no proponga recusación en dicho plazo, no podrá hacerlo con posterioridad, salvo que acredite cumplidamente que, en aquel momento, no conocía la nueva causa de recusación.”

También se escucha la opinión del juez o magistrado recusado. Esta audiencia del recusado, que debe justificar y explicar razonadamente su postura, se produce en un momento posterior a la no aceptación por aquél de la causa que provocó la incoación del incidente. Mientras en el primer momento se limita el recusado a manifestar que no acepta la concurrencia de la causa de recusación, en esta fase incidental tiene ocasión de argumentar dicha falta de concurrencia.

Con arreglo al art. 54.4 ACPC:

“Si el recusado no aceptare la causal de recusación se someterá el incidente a conocimiento del tribunal que correspondiere, con exposición del juez o magistrado recusado, quien durante la sustanciación del incidente no podrá intervenir en el procedimiento y será sustituido por aquél a quien corresponda con arreglo a la ley.”

A diferencia de la abstención, la recusación no produce la suspensión del proceso, que continúa hasta el momento en que deba dictarse la resolución definitiva. La inmediata consecuencia de esta prosecución del juicio es que la estimación de la recusación no afecta a la validez de los actos procesales ya realizados. Así lo establece el art. 54.5 ACPC:

“La tramitación de la recusación no suspenderá el curso del proceso hasta que éste llegue al estado de pronunciar sentencia definitiva. Los actos realizados serán válidos, aun cuando se declare fundada la recusación.”

El incidente de recusación finaliza por auto contra el que no cabe recurso, con imposición de costas al promotor del incidente en el caso de que sea rechazada la recusación:

Art. 57.4 ACPC:

“En adelante se seguirán los trámites del procedimiento incidental general, resolviendo el incidente por medio de auto, que será irrecurrible, y se impondrán las costas causadas al recusante si la recusación fuera desestimada.”¹⁰

4. RECUSACIÓN DE FISCALES

También los fiscales pueden ser recusados, siendo en tal caso de aplicación los motivos y el procedimiento reguladores de la recusación de jueces, con la única precisión de que el competente para la resolución del incidente es el tribunal que conozca el procedimiento en que se formule aquella.

De forma análoga a la recusación de jueces, el Fiscal recusado no puede dictaminar en el procedimiento correspondiente mientras no se haya resuelto el incidente. Si llega el momento de dictaminar, deberá hacerlo el Fiscal que deba sustituir al recusado, que volverá a intervenir si la recusación se rechaza.

La disciplina legal se contienen en el art. 58 ACPC:

“1. Los Fiscales, salvo que actúen en calidad de parte, serán recusables por las mismas causales y por el mismo procedimiento establecido en los artículos anteriores. Será competente para entender en el incidente el tribunal que conozca en el asunto en que éste se plantea.

2. Planteada la recusación, el Fiscal no podrá dictaminar ni ser oído en el juicio, mientras el incidente no sea decidido. Si el incidente se hallare pendiente y llegare la oportunidad de dictaminar sobre el asunto, los autos serán pasados sin más trámite al Fiscal subrogante para que lo haga. Desechada la recusación, la causa volverá al Fiscal originario.”

¹⁰ En el Derecho Comparado, es posible la imposición de una multa si al resolver el incidente se aprecia expresamente mala fe en el recusante. El art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española prevé la imposición en tales casos de una multa de 30 a 6.000 euros (de 36 a 7.200 USD, aproximadamente, teniendo en cuenta la relación monetaria en el año 2006).

III. INCIDENTES

A. CONCEPTO

Los incidentes se regulan en los artículos 416 al 423 del ACPC, que integran, en el Libro Cuarto, el capítulo Tercero del Título Primero, dedicado a la disciplina legal de las normas comunes a todos los procesos declarativos.

Aunque no ofrece el ACPC un concepto completo de incidente procesal, sí contiene una clara aproximación al mismo el art. 416.1 ACPC, con arreglo al cual podemos decir, empleando las palabras del legislador, que incidente es aquella cuestión que, siendo distinta del objeto principal del pleito, tiene relación inmediata con él.

Cuestiones incidentales son aquellas que, planteadas durante la sustanciación del proceso sobre asuntos relacionados con su objeto o con la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, requieren de una decisión judicial diferenciada, previa o simultánea, a la que recae sobre la cuestión principal.

Atendiendo a lo señalado por la doctrina procesalista, son características esenciales de las cuestiones incidentales las siguientes:¹¹

1ª Su objeto no coincide con el asunto principal, si bien es necesario que tenga conexión o “relación inmediata con él”, como dice el art. 416 ACPC. Esta relación es lo que, en definitiva, califica la cuestión de incidental, ya que con la palabra *incidente* se hace referencia a la alteración que su planteamiento produce respecto de la sucesión ordinaria y regular de los actos en el proceso, en orden a la obtención de una sentencia sobre el del asunto.

2ª Bajo la denominación “cuestiones incidentales” se comprenden, no sólo las que se refieren a asuntos relacionados con el objeto del pleito, sino también, como señala el art. 418 ACPC, las que versan sobre la concurrencia de presupuestos y requisitos del proceso.

3ª Las cuestiones incidentales ocasionan un procedimiento específico y terminan con una decisión judicial propia, diferenciada de la que recae sobre la cuestión principal. En atención a la clase de cuestión que constituye su objeto, esto es, a la eficacia que la resolución sobre ella deba producir en

¹¹ Ver, en este sentido: DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ PICAZO GIMÉNEZ: “El derecho procesal civil. El proceso de declaración”. Edit. Ceura. Madrid 2000. Pgs. 557 y 558. MONTERO AROCA, J., en “El nuevo proceso civil”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pgs. 242 a 244. GARCÍA GONZÁLEZ, P.: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” (Varios autores). Ed. Aranzadi. Pamplona 2001. Vol. I. Pgs. 1291-1292.

el proceso, el procedimiento deberá tramitarse de forma diversa. Así, si no supone un obstáculo a la continuación del proceso por los trámites ordinarios, estaremos ante un incidente de especial pronunciamiento al dictar sentencia definitiva (art. 417.2 ACPC), mientras que si lo supone, la cuestión precisará de un pronunciamiento previo, con la suspensión del curso de la resolución (art. 417.1 ACPC).

4ª Por último, el conocimiento de las cuestiones incidentales compete al tribunal que conoce de la cuestión principal (art. 32 ACPC).

Los incidentes o cuestiones incidentales en sentido propio no deben confundirse con aquellas cuestiones procesales que pueden suscitarse a lo largo del proceso, que se sustancian en la misma audiencia en que se provocan.

La norma general sobre los incidentes es el art. 416 ACPC, epigrafiado “principio general”:

“1. Toda cuestión incidental, ya sea de carácter procesal o material, que siendo distinta del objeto principal del pleito tuviere relación inmediata con él, se tramitará en pieza separada en la forma prevista por las disposiciones de este capítulo, salvo que tengan señalada por ley otro trámite distinto.

2. No obstante, las cuestiones incidentales suscitadas en audiencias sobre cuestiones relativas a su trámite se sustanciarán y resolverán directamente en ellas.”

B. CLASES

Los incidentes pueden ser suspensivos y no suspensivos o de especial pronunciamiento.

1. El principio general es que los incidentes no suspendan la tramitación del procedimiento. A este respecto, cuando la cuestión suscitada, sin impedir la continuación del proceso, deba decidirse antes de la que constituya el objeto del pleito, deberá resolverse la misma separadamente en la sentencia. Y, lógicamente, con carácter previo a la que sea la cuestión principal.

Dispone el art. 417 ACPC:

“1. Las cuestiones incidentales no suspenderán el curso del proceso principal, salvo que, atendida su naturaleza, la cuestión planteada suponga un obstáculo para la continuación del proceso.

2. Cuando la cuestión incidental deba decidirse previamente a la que constituye el objeto del proceso, sin que sea obstáculo para la continuación del mismo, se resolverá sobre ella en la sentencia de forma separada.”

2. La excepción se produce cuando la cuestión que se plantee impide, por su misma naturaleza, la continuación del juicio. Es el caso de los llamados incidentes de previo pronunciamiento.

Los incidentes de previo pronunciamiento, que exigen su resolución antes de continuar el procedimiento, se refieren, principalmente, a la falta de presupuestos procesales, o a la existencia de obstáculos que dificulten la correcta constitución de la relación jurídico procesal. Se dirá que el momento procesal adecuado para la subsanación de esta clase de deficiencias es la audiencia preliminar en el proceso ordinario, como resulta del contenido de los arts. 447 y 449 al 451 ACPC o, en el caso del procedimiento abreviado, el comienzo de la audiencia (arts. 591.2 y 592 ACPC).

También merecen la misma denominación y tratamiento procesal todas las incidencias que se planteen durante el proceso y sin cuya resolución no es posible decidir sobre la continuación o sobre la terminación del mismo.

Con arreglo al art. 418 ACPC:

“Se suspenderá el curso del proceso principal, además de los casos previstos expresamente en este Código, cuando se suscite cuestión incidental referida:

1º) A la falta de un presupuesto procesal o a la aparición de un impedimento de la misma naturaleza, siempre que hayan sobrevenido después de terminada la audiencia preliminar en el proceso ordinario o la audiencia del proceso abreviado.

2º) A cualquier otra incidencia que ocurra durante el proceso y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del proceso por sus trámites ordinarios o sobre su terminación.”

C. PROCEDIMIENTO

La regulación del proceso incidental es unitaria, por lo que, a excepción de aquellos que tengan señalada una tramitación especial (declinatoria, acumulación de procesos, nulidad y recusación), la sustanciación y resolución de todas las cuestiones incidentales deberá ajustarse a la disciplina que a continuación veremos.

Distinguiremos a continuación el trámite y la resolución del incidente. La razón de ello es que, mientras el trámite es uno solo con independencia de la naturaleza del incidente, la resolución del mismo tiene un tratamiento legal diferenciado en lo que respecta al recurso procedente.

Dice en este sentido el art. 419.1 ACPC:

“1. Fuera de los incidentes que tienen señalada en este Código una tramitación especial, como la declinatoria, la acumulación de procesos, la nulidad y la recusación, los incidentes se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes.”

Inicio. Como sucede con toda petición inicial, el incidente debe promoverse mediante escrito, suficientemente razonado, en el que se expondrán los hechos y la fundamentación jurídica y debe proponerse la prueba que se considere adecuada, comprendidos los documentos que el solicitante estime útiles a su pretensión, que deben adjuntarse a dicho escrito. Con arreglo al art 420.1 ACPC:

“1. Toda cuestión incidental se promoverá mediante escrito, fundado de forma clara y concreta tanto fáctica como jurídicamente, al que se acompañarán los documentos oportunos y en el que se propondrán las pruebas que se estimen necesarias.”

En el mismo escrito han de plantearse todas las cuestiones incidentales que, pudiendo tener efectos suspensivos, sean conocidas en ese momento. La consecuencia de la infracción de esta norma es la inadmisión a trámite de las que se intente promover tardíamente. Dice el art. 419.2 ACPC:

“2. Todas las cuestiones incidentales que por su naturaleza pudieren paralizar el proceso, cuyas causas existieren simultáneamente y fuesen conocidas por quien las promueve, deberán ser articuladas en un mismo escrito, siempre que sea posible su tramitación conjunta. Se inadmitirán sin más trámite las que se entablaren con posterioridad.”

También se producirá la inadmisión “a limine” cuando el incidente sea manifiestamente improcedente. Dice el art. 420.2 ACPC:

“Si el incidente fuere manifiestamente improcedente o no se ajustara a los casos prevenidos en este código, se inadmitirá sin más trámite.”

Hay un momento procesal para el planteamiento de cuestiones incidentales, cuya oportunidad temporal finaliza con la apertura de la audiencia probatoria y con la admisión de la prueba, según se trate del proceso ordinario o del abreviado, respectivamente. Con arreglo al art. 420.3 ACPC:

“No se admitirá el planteamiento de cuestiones incidentales una vez abierta la audiencia probatoria en el proceso ordinario, o una vez admitida la prueba en la audiencia del proceso abreviado, y las que surgieren habrán de ser resueltas en la misma audiencia.”

La puesta en relación de este precepto con el art. 418.2 ACPC, que admite el planteamiento de incidentes suspensivos relativos a la falta de presupuestos procesales o a la aparición de impedimentos de la misma clase tras la finalización de la audiencia preliminar o la audiencia en el proceso abreviado, nos lleva a pensar que, a tenor del texto legal, o se entiende que existe una contradicción entre el art. 418.2 y el art. 420.2 ACPC por cuanto, mientras el primero parece admitir el planteamiento de incidentes una vez terminada la audiencia del proceso abreviado, el segundo lo impide al decretar la inadmisión de los suscitados tras la admisión de la prueba en este proceso, que tiene lugar en dicha audiencia, o bien se concluye que el primero de los preceptos citados constituye una excepción y que sí es posible el planteamiento de incidentes tras la admisión de la prueba en el proceso abreviado, y aun terminada la audiencia, si los mismos se refieren a presupuestos procesales o impedimentos de la misma clase.

Desarrollo. Solamente en el caso de que la cuestión haya sido admitida a trámite, se da traslado del escrito en que se propone a las demás partes, que disponen de tres días para efectuar alegaciones y para proponer la prueba que les convenga, incluida la unión al escrito de documentos.

El paso siguiente es la audiencia que se celebra, previa citación de las partes, en la forma prevista para la del proceso abreviado, por lo que debe entenderse que al comienzo de la misma habrá de tomarse la decisión que corresponda sobre la pertinencia de la prueba propuesta.

En la audiencia debe practicarse la prueba admitida y solamente si no es posible, podrá suspenderse por tal motivo por plazo no superior a cinco días. Si se ha de practicar la prueba pericial, el perito se designa de oficio.

La regulación positiva se contiene en el artículo 421 ACPC:

- “1. Admitida a trámite la cuestión incidental, en el plazo de tres días se dará traslado a las otras partes personadas para que aleguen por escrito lo que a su derecho convenga. A dicho escrito, que deberá presentarse en los tres días siguientes a la recepción de la notificación, se acompañarán los documentos oportunos y en él se propondrá la prueba que se reputa necesaria.*
- 2. Transcurrido dicho plazo, se citará a las partes a una audiencia que se celebrará en los cinco días siguientes al de la citación. Esta audiencia se celebrará conforme a las reglas establecidas para el proceso abreviado.*

3. *La audiencia podrá postergarse o suspenderse una sola vez por un plazo no mayor de cinco días, cuando hubiere imposibilidad material de practicar la prueba que debe recibirse en ella.*

4. *La prueba pericial, cuando procediere, se llevará a cabo por un perito designado de oficio.”*

Resolución. La decisión sobre el incidente adopta la forma de auto. Cuando el art. 423.1 ACPCA dispone que una vez finalizada la audiencia debe dictarse “la resolución que proceda” no se está refiriendo a su clase con arreglo al art. 193 ACPC (providencia, auto, sentencia), sino a su contenido, estimatorio o desestimatorio de la cuestión. Por otra parte, con arreglo al art 193.2.b) ACPC deben adoptar la forma de auto las resoluciones resolutorias de “*cualesquiera cuestiones incidentales*”.

En dicho auto deben decidirse todas las cuestiones que hayan surgido durante la tramitación del incidente y no merezcan la consideración de cuestión incidental autónoma. Dice el art. 422 ACPC:

“Las cuestiones accesorias que surgieren en el curso de la tramitación de una cuestión incidental y que no pudieran constituir otra autónoma, se decidirán en la misma resolución.”

El tratamiento legal del auto difiere según la naturaleza de la cuestión. Concretamente, según haya o no provocado la suspensión del proceso:

1. Si la cuestión incidental es suspensiva, el auto debe dictarse en los cinco días siguientes a la terminación de la audiencia. Esta resolución es recurrible:

- a) Mediante recurso de apelación directo si pone fin al proceso.
- b) Si no finaliza el proceso, puede recurrirse en su día al recurrir la resolución que ponga fin a la instancia, mediante la apelación diferida contemplada en el art. 709 ACPC.

2. Cuando la cuestión es no suspensiva, el auto que la resuelva solamente es recurrible mediante la apelación diferida.

La correspondiente disciplina legal se contiene en el art. 423 ACPC:

“1. Celebrada la audiencia y practicada, en su caso, la prueba que se hubiera admitido, el tribunal sin más trámite dictará la resolución que proceda.

2. Cuando la cuestión incidental haya ocasionado la suspensión del curso del proceso principal, se resolverá mediante auto, que se dictará en el plazo máximo

de cinco días contados desde la finalización de la audiencia. Este auto será recurrible en apelación si pone fin al proceso. En otro caso, sólo podrá recurrirse mediante la apelación diferida del auto.

3. Cuando la cuestión incidental no suspenda el curso del proceso principal, se resolverá directamente, pero el auto sólo podrá recurrirse mediante la apelación diferida."

SEGUNDA PARTE

EL JUICIO ORDINARIO

I. GENERALIDADES

Como se vio en la Presentación de este Módulo, el proceso ordinario es uno de los denominados procesos declarativos, el ordinario y el abreviado.

Algunos autores discrepan de esta denominación de ordinario para designar uno de los procesos declarativos. En primer lugar, porque entienden que hubiera sido más apropiado llamarlos procesos ordinarios, por cuanto también los conocidos como especiales consisten en la regulación de una actividad procesal eminentemente declarativa. Desde dicha perspectiva, ya que entienden que tanto el llamado ordinario, como el abreviado, son procesos ordinarios o comunes, sería más adecuado establecer la distinción entre procesos ordinarios y especiales, en lugar de llamar ordinario a unos de los de la primera clase y denominar a todos los de ésta declarativos¹².

El proceso ordinario se configura en el ACPC como el declarativo de carácter general, de suerte que al mismo debe reconducirse toda reclamación que no tenga señalada una tramitación especial.

Dice en este sentido el art. 398.1 ACPC:

“Toda pretensión que se deduzca ante los tribunales del orden civil y no tenga señalada una tramitación especial será decidida en el proceso declarativo ordinario”.

Sin embargo, la lectura de los preceptos que siguen, ya examinados al tratar de las normas legales para la determinación del procedimiento, muestra que el ordinario es uno de los dos procesos declarativos y que cada uno de ellos, ordinario y abreviado, tienen su propio ámbito competencial objetivo, como resulta del contenido de los artículos 399 y 400 ACPC, al precisar qué clase de pretensiones deberán deducirse por cada uno de tales procesos.

No obstante, puede afirmarse que, tras la lectura del art. 399 ACPC y sus dos criterios de asignación de la reclamación al proceso ordinario, el de la materia (derecho al honor, impugnación de acuerdos sociales, competencia desleal, etc.) y el de la cuantía (reclamaciones de cantidad superior a 50.000 lempiras), el

¹² ORTELLS RAMOS, M.: “Derecho Procesal Civil”. Ed. Aranzadi. 2000. Pg. 618. Critica en el sentido indicado la distinción de la ley procesal española entre juicio ordinario y verbal, equivalente a la de proceso ordinario y abreviado del ACPC.

legislador pretende dirigir la mayor parte de los litigios al proceso ordinario, que de este modo quedará convertido en el juicio ordinario en sentido propio; es decir, en aquel que se celebrará con más frecuencia, mientras que el llamado abreviado quedará para las pretensiones de menor importancia y, en la práctica, podrá llegar a tener carácter residual. Esta afirmación debe matizarse en lo que respecta al criterio legislativo de establecer el criterio de la materia, en lugar de la cuantía, cuando se trate de reclamaciones por daños personales y materiales producidos con ocasión de la circulación de vehículos automotores, que deberán seguirse por los trámites del proceso abreviado (art. 628 ACPC), si se tiene en cuenta tanto la frecuencia de este tipo de daños, como la eventual importancia de los mismos y, por lo tanto, el monto económico de las reclamaciones que pueden llegar a interponerse al amparo de esta norma.

La importancia del proceso ordinario, determinada por la mayor entidad de los pleitos que se tramitarán por sus cauces, da lugar a que, pese a la tendencia a la simplicidad y unificación de procedimientos de la nueva normativa, se distinga del abreviado por la mayor complejidad de sus trámites, por lo que será más larga su duración. Así resultará de que son más los trámites procesales previstos, por cuanto la contestación a la demanda se formula por escrito, a lo que debe añadirse la existencia de una audiencia (la audiencia preliminar) cuya exclusiva finalidad es la depuración de proceso y la proposición y decisión sobre la prueba, reservando para otra la práctica de las pruebas previamente admitidas, mientras que en el proceso abreviado es en la audiencia que sigue a la admisión de la demanda (previa la citación de los demandados) donde se sustancian la contestación, los obstáculos procesales y se admite y practica la prueba, todo ello de forma concentrada.

Digamos, para concluir, que el proceso ordinario se articula con base en el principio de oralidad, aunque no totalmente, sino sólo a partir de la demanda y contestación (arts. 424.1 y 432 ACPC), que son actos procesales escritos, seguido de dos comparecencias, audiencias o vistas, una primera, denominada legalmente "audiencia preliminar" (arts. 444 y ss. ACPC), que tiene carácter previo y sirve para remover todos los obstáculos procesales que puedan existir, y otra, llamada "audiencia probatoria" (arts. 466 y ss.), en la que se ordena la práctica de la prueba sobre el tema de fondo, dictándose a continuación la sentencia, una vez se ha concluido la práctica de la prueba y las partes han tomado la palabra para valorar el resultado de la misma en relación con las pretensiones de cada uno de los litigantes.

La previsión de que por el ordinario se conduzcan buena parte de los pleitos civiles, si no la mayoría de ellos, añadido a que en el ámbito de su disciplina legal por el ACPC se contienen normas aplicables a otros procesos, como las presunciones legales y judiciales y la valoración judicial de la prueba (arts. 477 a 479 ACPC), se regulan instituciones procesales que no son exclusivas del juicio ordinario, como son los modos de terminación del proceso sin sentencia (arts. 481 al 493), unido a las remisiones que al mismo se hace al disciplinar el abreviado (p. ej. arts. 591 y 593

ACPC), hace pensar que el juicio ordinario se concibe en el Anteproyecto de Código Procesal Civil como proceso modelo a cuyas normas generales han de ajustarse los restantes, sin perjuicio de la regulación singular de éstos.

II. LA DEMANDA

A. CONCEPTO

Como es sabido, el procedimiento civil se rige por los principios de rogación o de justicia rogada (Exp. Motivos.5 ACPC), dispositivo (art. 10 ACPC) y aportación de parte (art. 11 ACPC). En consonancia con los mismos, no es concebible que se ponga en marcha la actividad jurisdiccional de oficio, sin previa petición de parte que inste de la jurisdicción la debida atención al derecho que dice esgrimir. Pues bien, es la demanda el acto procesal de quien promueve el inicio del proceso, el ordinario por lo que ahora interesa.

Podemos definir la demanda como el acto procesal escrito por el que el actor reclama el pronunciamiento de la jurisdicción frente al demandado o persona ante la que esgrime su pretensión y en cuyo escrito debe exponer los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya.

B. REQUISITOS

El art. 424 ACPC es el que de expone el contenido que debe tener la demanda y que, por lo tanto, enumera los requisitos de la misma:

“1. Todo proceso judicial comenzará por medio de demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión.

2. En la demanda se expresará, al menos:

1º) La designación precisa del tribunal ante el que se interpone y en la suma del escrito la indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda.

2º) El nombre del demandante, sus datos de identidad y dirección domiciliaria.

3º) El nombre y dirección domiciliaria o de la oficina del profesional del derecho del demandante, haciendo constar el número de fax o el medio técnico que le permita recibir comunicaciones directas del tribunal.

4º) El nombre del demandado y su domicilio si fuere conocido, estándose en otro caso a lo previsto en este Código;

5º) Los hechos en que se funde la petición, expuestos numeradamente en forma precisa, con orden y claridad.

6º) *La fundamentación jurídica de la petición.*

7º) *La petición que se formule, determinando clara y concretamente lo que se pida, indicándose el valor de lo demandado. Cuando sean varias las peticiones, se expresarán éstas con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.*

8º) *El ofrecimiento de los medios de prueba pertinentes para acreditar los hechos que resulten controvertidos.*

9º) *El lugar y fecha de presentación y la firma del demandante o de su representante o apoderado.*

10º) *Los anexos que se acompañan.”*

La lectura de este precepto permite apuntar una clasificación de las exigencias que debe cumplir la demanda, distinguiendo los requisitos formales, los subjetivos y los objetivos.

1. FORMALES

Aunque la nueva normativa procesal civil viene a establecer un procedimiento básicamente oral, no se prescinde por completo de los trámites escritos. Uno de ellos es la demanda, que debe formularse por escrito, tal como ordena el art. 424.1 ACPC.

La razón de que se mantenga la forma escrita en este acto inicial del proceso es de fácil explicación. La petición del actor, que debe contenerse en el escrito de demanda, como igualmente indica el inciso final del citado art. 424.1 ACPC, condiciona tanto la actividad probatoria posterior, puesto que no será procedente la práctica de cualquier prueba que no tienda a acreditar suficientemente los hechos en que se fundamenta la pretensión explicitada en el escrito de demanda, como el pronunciamiento judicial, que deberá ser congruente con la petición expresada en la demanda (art. 208.1 ACPC). Y la forma escrita permite la estabilidad, fijeza y fácil prueba del contenido de las pretensiones que el actor formuló, por lo que posibilita el control tanto de la actividad procesal posterior de las partes y del ámbito de la prueba, como de la congruencia del pronunciamiento judicial con aquellas peticiones.

2. SUBJETIVOS

Los requisitos subjetivos implican que en la demanda se indique:

1º. La designación precisa del tribunal ante el que se interpone (art. 424.2.1º), lo que implica tanto la indicación de la clase de tribunal con competencia objetiva y funcional para conocer de la reclamación (Juzgado de Letras, etc.), como la del que sea territorialmente competente por razón de la circunscripción, si bien esta última precisión debe entenderse efectuada implícitamente en la exigencia de indicación del órgano judicial ante el que se efectúe la presentación.

2º. Ha de expresarse el nombre del demandante, así como sus datos de identidad y su domicilio (art. 424.2.2 ACPC). Se trata de un requisito elemental, pues sin el mismo ni puede saberse con certeza quién pide la intervención del poder judicial del Estado para la satisfacción de su derecho, ni pueden realizarse con él los actos de comunicación del tribunal que deban llevarse a cabo personalmente con el interesado, mediante comunicación directa (art. 139 ACPC). Puede designarse tanto el domicilio privado, como el profesional o laboral no ocasional (art. 139 ACPC).

3º. El nombre (no se exige la indicación de los datos completos de identidad) del profesional del derecho del que se sirva el demandante, así como su dirección y el número de fax o medio técnico que le permita recibir comunicaciones del tribunal (art. 424.2.3 ACPC). El derecho procesal no puede, ni debe, dar la espalda a los avances técnicos que permiten una mayor fluidez y agilidad en el desarrollo del procedimiento, siempre que se garantice la autenticidad del contenido de las comunicaciones; otros preceptos que apuntan en el mismo sentido son los arts. 137.1.b), 143.1, 152 ó el art. 176 ACPC.

4º. El nombre y domicilio del demandado (art. 424.2.4 ACPC). No se piden los datos de identidad, que no tiene por qué conocer el demandante. Basta con las indicaciones que permitan la identificación de la persona contra la que se interpone la demanda, así como del domicilio en el que pueda notificarse la interposición de la misma. Si no se conoce su domicilio, ha de actuarse con arreglo a lo que dispone el art. 141 ACPC, utilizando los medios oportunos para su averiguación, recabando la información correspondiente de registros oficiales, organismos, colegios profesionales, entidades y empresas que puedan dar información sobre ello y si no dan frutos estas gestiones, la comunicación se llevará a cabo mediante edictos.

3. OBJETIVOS

Merecen la calificación de requisitos objetivos:

1º. La expresión de la clase de juicio por cuyos trámites debe sustanciarse la reclamación (“la vía procedimental que corresponde a la demanda”, dice el inciso final del art. 424.2.1 ACPC). Esta indicación es de importancia, ya que el legislador

tiene en cuenta la naturaleza y entidad de la acción que se ejercita, y su eventual complejidad, para asignar a la misma unos u otros trámites. El error en la indicación del proceso correspondiente puede dar lugar a la oposición por la parte contraria del obstáculo procesal consistente en la inadecuación de procedimiento, que debe resolverse en la audiencia preliminar (art. 449.1 ACPC), con arreglo al trámite específicamente previsto para ello (art. 456 ACPC) y que incluso puede ser apreciada por la Corte Suprema de Justicia al estimar el recurso de casación (art. 728.1 ACPC).

2º. Los hechos en que se funde la petición (art. 424.2.5 ACPC). Deben narrarse de forma clara, ordenada, numerada y precisa. Los hechos integran, junto con la fundamentación jurídica, la causa de pedir. Su exposición de forma clara, precisa y numerada facilita la labor del tribunal y permite que el demandado, al contestar a la demanda, admita o niegue cada uno de ellos con igual claridad. Esto posibilita, mediante la confrontación de demanda y contestación, la fijación de los hechos litigiosos que se hará en la audiencia preliminar (art. 458 ACPC), sobre los que habrá de practicarse la prueba (arts. 11.2, 239.6, 254.3, 466.2 ACPC), que es innecesaria y superflua respecto de los admitidos por ambas partes, y versará la decisión judicial. La expresión clara de los hechos permite la individualización de la pretensión, así como verificar si en la sentencia se ha observado la congruencia a que obliga el art. 208.1 ACPC).

3º. La fundamentación jurídica de la petición (art. 424.2.6 ACPC). Exige la ley la expresión en la demanda de los preceptos jurídicos que se consideran de aplicación a los hechos que acaban de exponerse; esto es, la traducción en conceptos jurídicos de la narración fáctica de la demanda. Y también deberá incluir las alegaciones jurídicas que procedan sobre los presupuestos y requisitos procesales de los que depende la validez del juicio y la procedencia de dictar una sentencia sobre el fondo del asunto¹³. Como parte integrante de la fundamentación jurídica pueden incluirse no solamente preceptos legales, sino también jurisprudencia o, en general, pronunciamientos judiciales que respalden la pretensión o las posturas jurídicas del demandante¹⁴.

No obstante lo dicho, es menor la importancia del acierto en la fundamentación jurídica que la trascendencia que tiene la exposición clara y precisa de los hechos de la demanda. Mientras los únicos hechos que pueden tenerse en cuenta son los alegados por el demandante como base de su pretensión, la importancia de la cita acertada del derecho aplicable queda relativizada por los conocimientos jurídicos que se presumen en el tribunal, puesto que son inherentes al ejercicio de la función jurisdiccional. Por ello se ha venido

¹³ TAPIA FERNÁNDEZ, I.: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Varios autores. Volumen I. Ed. Aranzadi. 2001. Pg. 1330.

¹⁴ Téngase en cuenta que, en sentido propio, jurisprudencia es sólo la contenida en las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia (Exposición de Motivos, apartado 14 y arts. 717 y 724 del ACPC). Los criterios de los tribunales inferiores (Salas de apelación, por ejemplo) suelen recibir el nombre de “jurisprudencia menor”.

entendiendo que cumple el demandante expresando con claridad su pretensión y la fundamentación fáctica de la misma, mientras que el órgano judicial debe aplicar a los hechos que ante él se exponen y que resulten probados el derecho oportuno en cada caso (“iura novit curia”, “da mihi factum, dabo tibi ius”). Pero no podemos sustraernos a la evidencia de que la expresión de la fundamentación jurídica es uno de los requisitos de la demanda, por lo que la omisión de la misma puede dar lugar a su inadmisión inicial con requerimiento de subsanación y, si no se remedia la deficiencia, al archivo del procedimiento (art. 426 ACPC).

En todo caso, no debe ignorarse que la vinculación del tribunal a la fundamentación jurídica expuesta en la demanda es menos rigurosa y más flexible que la sujeción a la exposición de hechos, como resulta de que deba resolver conforme a las normas aplicables al caso (a los hechos), aunque no hayan sido citadas o alegadas con acierto por los litigantes (art. 206.1 ACPC).

En relación con la exigencia de que en el escrito de demanda se exprese la fundamentación jurídica de la pretensión, la obligación que tiene el tribunal de conocer el derecho aplicable al caso conduce inevitablemente a la flexibilidad en la aplicación de este requisito. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 2 de diciembre de 1991 (RJ 1992\4879) admitió la invocación de los fundamentos jurídicos al hilo de la exposición de los hechos y no de forma independiente y señalaba que:

“El art. 524 de la Ley Procesal Civil (se refiere a la antes vigente de 1881, la actual es la LEC de 2000) exige que en la demanda se recojan los «hechos y fundamentos de derecho», «expuestos sucintamente y numerados» y en la de autos no se relacionan de forma independiente propia y separada los necesarios fundamentos jurídicos en que se apoya. Pero esto no significa, de ninguna manera, que en ella no se contenga una exposición suficiente de tales fundamentos, la cual se lleva a cabo en la denominada «alegación segunda» de tal escrito, como se evidencia con la simple lectura de esta alegación. No hay razón, pues, para estimar que, por esta causa, la referida demanda incumple el art. 524 citado.

(... ...)

A todo lo expuesto se debe añadir que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 2-7-1990, núm. 121/1990, (RTC 1990\121), ha precisado que a la hora de interpretar y aplicar los requisitos procesales «los Tribunales están obligados a hacerlo en el sentido más favorable a la efectividad de este derecho (el derecho a la tutela judicial efectiva), evitando la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma y el convertir cualquier irregularidad en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de modo que al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales, los órganos judiciales están obligados a ponderar la entidad real del vicio advertido en

relación con la sanción del cierre del proceso»; y la Sentencia del mismo Tribunal de 23-5-1990, núm. 92/1990 (RTC 1990\92), proclamó que «es doctrina de frecuente reiteración que los requisitos formales... no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que únicamente sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima», y que tales requisitos de forma «han de considerarse a la vista de la finalidad que con ellos se pretende lograr, ponderando los defectos existentes en función de la quiebra de tal finalidad». Son muy numerosas las sentencias del citado Tribunal Constitucional que reiteran la doctrina que se acaba de exponer, pudiéndose citar a tal fin la de la Sala primera de 5-4-1990, núm 69/1990 (RTC 1990\69), la de la Sala Segunda de 24-5-1990, núm 99/1990 (RTC 1990\99), y dos Sentencias de la Sala Primera de 21-6-1990, núms. 116 y 118/1990 (RTC 1990\116 y RTC 1990\118), entre otras muchas.

Sobre la no vinculación del tribunal por los fundamentos jurídicos invocados por la parte, se decía en la STS de España (Sala Civil) de 26 de enero de 1982 (RJ 1982\309):

“(la) doctrina jurisprudencial -SS. de esta Sala de 21 noviembre 1963 (RJ 1963\4637) y 21 diciembre 1966 (RJ 1966\5851)- tiene establecido que los Tribunales, en nuestro Ordenamiento positivo gozan de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aunque no la hubiesen invocado las partes, como así lo reconocen los apotegmas jurídicos «jura novit curia» y «da mihi factum et ego tibi dabo iuris», si bien esta actuación de los Tribunales ha de estar subordinada a la iniciativa privada de los interesados, siendo obligada la vinculación de los hechos debidamente contrastados, mas en cuanto a las normas aducidas por las partes hay que combinarlas con los deberes y poderes del juzgador y, por ello, la no designación de norma por la parte, o su alegación errónea, no tendrá repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa si el hecho fijado encaja en la norma que el juzgador estime correcta, a menos de una equivocación evidente, porque la acción se individualiza por el hecho -SS. de esta Sala de 26 octubre y 1 diciembre 1955 (RJ 1955\2759 y RJ 1955\3601)- y, en consecuencia, sólo es posible la incongruencia por la alteración de la «causa petendi» y no por el cambio del punto de vista jurídico”.

Se trata de un criterio jurisprudencial mantenido posteriormente. En tal sentido, se dice en la STS de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996\7723):

*“los fundamentos de derecho de la demanda, ... de todos es sabido que no vinculan al Juez en virtud del principio «iura novit curia», salvo que varíen la acción ejercitada”.*¹⁵

¹⁵ Como se ha dicho en otro lugar, la referencia RJ corresponde a la base de datos de la Editorial Aranzadi. La reseña RTC es la que se utiliza por la misma editorial para referenciar las Sentencias del Tribunal Constitucional de España.

3º. La pretensión. Esto es, la petición que se formula, con claridad e indicación del valor de lo demandado, separando las diversas peticiones, cuando sean varias y ordenándolas con la debida separación cuando se formulen unas con carácter subsidiario de otras, que se articulan con preferencia (art. 424.2.7 ACPC). El “petitum” indica la concreta tutela jurídica que se solicita del tribunal.

La claridad en la formulación de la pretensión implica que, en caso de ser varias, se expresen con la debida separación. Y si no son acumulativas, sino unas subsidiarias de las otras, debe extremarse el cuidado en la exposición, para que no quepa duda de que se está pidiendo al tribunal un pronunciamiento con carácter preferente a otro, y así sucesivamente, si son más de dos las peticiones las pretensiones articuladas con carácter de subsidiariedad. Debe también indicarse el valor de lo que se pide. Si se reclama el pago de una suma de dinero no deben plantearse problemas de valoración (art. 401.1 ACPC) y en el caso de que se pretenda otro pronunciamiento deberá el demandante atenerse en la expresión del valor de la pretensión a las reglas del art. 401 ACPC para su determinación. El acierto en esta determinación es de gran importancia y afecta al procedimiento a seguir (ordinario o abreviado) en los casos en que la clase de proceso no se determina por razón de la materia (arts. 399 y 400 ACPC).

4º. La indicación de los medios de prueba mediante los que se pretende acreditar los hechos en que se fundamenta la petición (art. 424.2.8 ACPC). No puede prosperar la demanda si el actor no consigue acreditar los hechos con lo que no esté de acuerdo el demandado y en los que se apoya su petición. La norma exige que ya en el primer escrito se indique cuáles son los medios de prueba de que intenta valerse el demandante, lo que implica el ofrecimiento de los mismos, que equivale a la petición de que el juez acuerde su práctica. Esta exigencia es coincidente con la contenida en el art. 239 ACPC. El demandante deberá tener muy en cuenta cuál es la distribución de la carga de la prueba con arreglo al art. 238 ACPC y, obviamente, el medio probatorio que ofrece deberá ser alguno de los previstos en el art. 201 ACPC. Ha de tenerse en cuenta que del resultado de la valoración judicial de la prueba que se practique en el juicio surgirán los hechos que la sentencia considere acreditados, bien al argumentar en derecho la decisión, bien al indicar los mismos de forma precisa y separada, tal como prevé el art. 200.2.b ACPC.

5º. El lugar y fecha de presentación y la firma del demandante y de su representante y apoderado (art. 424.2.9 ACPC). Son exigencias elementales sobre el tiempo y lugar de interposición de la demanda, aunque habrá de estarse en este sentido a las indicaciones que al respecto ponga el Secretario judicial cuando se presente la demanda (art. 125 ACPC). En cuanto a la firma del propio demandante o de su representante o apoderado (en los casos de representación legal o voluntaria, o cuando se trate de persona jurídica) acredita que quien figura al comienzo del escrito como actor se hace cargo y responsabiliza del contenido de la demanda.

6º. Los anexos que se adjuntan a la demanda (art. 424.2.10 ACPC). Es la simple mención de los documentos que deben acompañarse a la demanda, uniéndose a la misma como anexos. Su expresión, siendo varios y de diferente clase tales documentos, deberá hacerse de forma separada y precisa y es conveniente que se numeren, respetando en lo posible el orden en que aparecen en el art. 425 ACPC.

Estos anexos se detallan, como acabamos de decir, en el art 425 ACPC:

“A la demanda habrá de acompañarse:

1º) Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante.

2º) El medio probatorio que acredite la representación legal del demandante si se trata de personas jurídicas o de personas naturales que no pueden comparecer por sí mismas.

3º) El documento que contenga el poder para iniciar el proceso, en su caso.

4º) El medio probatorio que acredite la calidad con que actúe la parte.

5º) Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento.

6º) Los medios probatorios destinados a sustentar el petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su práctica. Se aportarán también los dictámenes periciales en que el actor apoye sus pretensiones, si hubieran sido anunciados previamente conforme a lo que dispone este código. Si no dispusiera de algún medio de prueba, se describirá su contenido, con indicación del lugar en que se encuentra, solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.- De estos medios probatorios se acompañarán tantas copias cuantas sean las partes demandadas, que deberán ser autenticadas por el secretario del tribunal.”

Como puede verse, algunos de estos documentos sirven para acreditar debidamente la identidad del demandante y, en su caso, de quien le representa, así como para comprobar la veracidad de los datos de identificación que se han consignado al comienzo del escrito de demanda (apartado 1º). Otros tienen la utilidad de justificar la representación de personas jurídicas¹⁶ o la representación de personas físicas que carecen de capacidad de obrar procesal, ó el poder para

¹⁶ Con arreglo a los arts. 23 y 209 del Código de Comercio, la representación de las sociedades mercantiles corresponde a los administradores ó al consejo de administración.

promover el proceso, esto es, para la interposición de la demanda (apartados 2º y 3º).

También debe integrar los anexos de la demanda la prueba que acredite la calidad con que actúa el demandante, puesto que en ella reside su legitimación de fondo (“ad causam”); así, si dice ser propietario, el título de dominio, si arrendatario, el contrato de arrendamiento, etc. (apartado 4º).

Se han de incorporar igualmente los documentos e informes que justifiquen el valor del objeto del litigio (apartado 5º), pues del mismo depende la competencia y el procedimiento adecuado para la sustanciación de la divergencia y no debe permitirse que la fijación del valor o de la cuantía litigiosa se efectúe por el demandante de forma arbitraria o carente de rigor.

Finalmente, se han de unir a la demanda las pruebas tendentes a la acreditación de la pretensión; concretamente, las que prueben los hechos en que la misma se funda (apartado 6º). Se comprenden en la dicción legal tanto los documentos que justifiquen el derecho del actor, como los informes periciales o dictámenes que apoyen el mismo. Como puede suceder que no disponga el demandante de algún documento necesario, aunque sí conozca su localización (p. ej. un registro o dependencia pública), deberá indicar el lugar en que se encuentra y pedir que sea incorporado al proceso.

Los documentos que se deben incorporar a la demanda son los fundamentales, los que generan la “causa petendi”, los que tengan una trascendencia decisiva. Estos documentos básicos deben distinguirse de los que no tienen tal carácter, que son complementarios o auxiliares, o cuyo objeto es combatir las afirmaciones efectuadas por el contrario al contestar a la demanda. La diferencia es importante, porque solamente de los primeros, de los esenciales, puede afirmarse que la oportunidad para incorporarlos al proceso precluye con la presentación de la demanda, mientras que los complementarios pueden aportarse posteriormente, en el período probatorio.

Sobre esta distinción y sus consecuencias procesales existen numerosos pronunciamientos de la jurisprudencia española, recogidos en diversas sentencias del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil): SSTS de 17 de abril de 1986, 14 de febrero de 1989, 11 de octubre de 1989, 16 de julio de 1991, etc. Baste con citar la STS de 16 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9459):

“La jurisprudencia de esta Sala viene distinguiendo entre documentos básicos de la pretensión y que fundamentan la causa de pedir y aquellos otros complementarios, que tienen la finalidad de integrar el proceso probatorio, incluso también cabe comprender aquellos que subsanan, completan y aclaran un documento aportado con la demanda y que tienen existencia real. Sólo respecto a los primeros es de aplicación el rigorismo de los artículos 503, 504 y 506 de la Ley

Procesal Civil. Para los segundos, según doctrina jurisprudencial reiterada, rige el principio de que procede su aportación posterior, durante la tramitación del pleito (Sentencias de 16-7-1991 [RJ 1991\5389], 24-7-1996 [RJ 1996\5570], 14-12-1998 [RJ 1998\9635] y 5-2-2001 [RJ 2001\3960]).”

Se ha dicho que la razón de la norma es informar al adversario de las armas de que se dispone, dando así cumplimiento al principio de igualdad¹⁷.

En todo caso, la distinción entre documentos básicos de la demanda y la contestación y aquellos otros mediante los que se pretende dar respuesta a las alegaciones del contrario se plasma con claridad en el art. 287, apartados 1 y 2 del ACPC:

“1. Los documentos en los que las partes funden su derecho deben presentarse acompañando a la demanda y a la contestación a la demanda.

2. No obstante, el actor podrá presentar en la audiencia preliminar del proceso ordinario, o en la audiencia del proceso abreviado, los documentos cuya relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado al contestar a la demanda”.

Se exige la presentación de tantas copias de estos documentos cuantas sean las partes demandadas, con la evidente finalidad de darles traslado y de que puedan tener conocimiento los demandados de los medios con que cuenta el actor, sin necesidad de gravar a los tribunales con la carga de efectuar las copias correspondientes (ver, en este sentido, el art. 130.4 ACPC). Puesto que estamos en el ámbito de la defensa de los derechos privados, justo es que sean los particulares quienes provean al tribunal de los medios para que las demás partes conozcan el contenido de sus elementos probatorios.

C. EFECTOS

Una vez que se ha presentado la demanda, es inevitable que se desarrolle sobre la misma la primera actividad del tribunal, consistente en el examen, que podrá dar lugar a dos efectos muy diferentes, cuales son la inadmisión o la admisión de aquella.

¹⁷ CORDÓN MORENO, F.: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Varios autores. Volumen I. Ed. Aranzadi. 2001. Pg. 979.

1. INADMISIÓN

Puede suceder que la demanda, entendiéndose por tal tanto el escrito inicial regulado en el art. 424, como los anexos que detalla el art. 425 ACPC, no cumpla con los requisitos exigidos por la norma, bien por insuficiencia de la identificación de las partes, bien por adolecer de falta de orden y claridad la exposición fáctica o la jurídica, o por no acompañar alguno de los documentos que, con arreglo al art. 425 ACPC, deben considerarse esenciales.

En tales casos no se admite a trámite, se produce su inadmisión, cuya disciplina se encuentra en el art. 426 ACPC:

“1. Sólo se inadmitirá la demanda en los casos y por las causas expresamente previstos en este Código.

2. El juez declarará inadmisibile la demanda cuando carezca de los requisitos legales, no se acompañen a ella los documentos o medios probatorios que la ley expresamente exija para su admisión.

3. El juez comunicará al demandante, por una sola vez, los defectos u omisiones de la demanda para que, si son subsanables, proceda a corregirlos o a completarla en el plazo que se fije al efecto, que no podrá ser superior a diez días.

4. Si la demanda contuviera defectos insubsanables, o no se hubieran subsanado en el plazo concedido al efecto, se ordenará el archivo del procedimiento y la devolución de los anexos.”

Los criterios legales sobre la inadmisión de la demanda han de ser restrictivos, en virtud del principio de tutela judicial efectiva y del de eficacia de los actos procesales, con el límite de su utilidad, en el sentido de que no podrán prevalecer aquellos principios para posibilitar la admisión a trámite de una demanda que, por no cumplir con las exigencias legales, no sirva para el fin clarificador de los derechos que persigue el proceso o, en el peor de los casos, puedan causar indefensión a la parte contraria, con quiebra del principio de igualdad de armas que debe informar el proceso. En la legislación positiva, el art. 82 de la Constitución proclama el derecho de acceso a los tribunales, en el que puede encuadrarse el de principio de tutela judicial efectiva, al que expresamente se refiere la Exposición de Motivos del ACPC en sus apartados 1, 2, 5 y otros, así como los artículos 234 y 743 de dicho cuerpo legal. Y, dada la trascendencia de la inadmisión de la demanda, conviene que los motivos de inadmisión queden sometidos al principio de legalidad, estén previstos en la norma. Por ello, dispone el art. 426.1 ACPC que la inadmisión de la demanda solamente podrá acordarse en los casos u por las causas expresamente previstos en la ley.

La norma que con carácter general contiene los motivos de inadmisión de la demanda se contiene en el art. 426.2 ACPC, que sujeta aquella a la carencia de los requisitos legales, debiendo entenderse por tales los enumerados en el art. 424.2 ACPC, así como los anexos a que se refiere el art. 425 ACPC. Unos y otros integran los documentos o los medios probatorios que la ley exige para la admisión de la demanda (art. 426.2 in fine). No obstante, debe observarse la irrelevancia de la falta de fecha, toda vez que el Secretario registra la presentación.

La insuficiencia de la demanda no determina necesariamente y “a limine litis” la imposibilidad de que llegue a tramitarse la misma. Como resalta el apartado 7 de la Exposición de Motivos del ACPC, la nueva legalidad procesal civil se rige por el principio de subsanación de los actos procesales, lo que se proclama con carácter general en el art. 20 ACPC.

“El tribunal podrá ordenar la subsanación de los defectos que contengan los actos procesales anulables de las partes, siempre que en dichos actos se hubieren realizado de manera que objetivamente pudiera constatar la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley”.

A la subsanación de los actos procesales se refiere también el art. 213.1 ACPC:

“Los actos procesales que contengan irregularidades serán anulables a instancia de parte y siempre que no sea posible subsanarlos.”

Con este criterio, establece el art. 426.3 ACPC la posibilidad de subsanación, si es posible la misma, durante un plazo que no puede ser superior a diez días.

En otros preceptos del ACPC se prevén causas de inadmisión. Así, el art. 81 cuando falte el poder de representación, o el art 96.4 en los casos de acumulación indebida de acciones, si bien llama la atención la discordancia entre los plazos que para la subsanación se señalan en uno y otros artículos, pues los que se acaban de citar fijan el plazo de cinco días, mientras que ya hemos visto que con arreglo al art. 426.3 ACPC dicho plazo puede ser de hasta diez días.

El acuerdo de inadmisión y requerimiento de subsanación deberá adoptarse mediante auto, pues así lo establece el art. 193.2.b ACPC.

La falta de subsanación en el plazo concedido o la insubsanabilidad de los defectos detectados da lugar a la definitiva inadmisión, archivándose el procedimiento y devolviéndose los documentos que se adjuntaron a la demanda como anexos.

No todos los defectos son subsanables. Por ejemplo, puede ser subsanable la falta de capacidad procesal de las partes (art. 60 ACPC), pero no la falta de capacidad para ser parte, ya que sólo pueden serlo los enumerados en el art. 61. Tampoco la falta de competencia objetiva del tribunal ante el que se ha presentado la demanda (art. 31 ACPC).

2. ADMISIÓN

Tanto si desde la presentación cumple la demanda con todos los requisitos legales, como si se subsanan los defectos advertidos por el tribunal en el plazo concedido al efecto, tiene lugar la admisión de la demanda que, como la inadmisión, se acuerda mediante resolución que debe adoptar la forma de auto (art. 193.2.b ACPC).

La admisión de la demanda da lugar a que se active el mecanismo procesal que, si no surgen obstáculos o se produce la defección del demandante o la expresa sumisión del demandado a las pretensiones de aquel, progresará a lo largo de varias fases previstas en la ley y finalizará con la resolución que ponga fin al pleito en el primer grado jurisdiccional.

A la vez, con la admisión a trámite de la demanda se producen una serie de efectos inmediatos, a los que a continuación nos referimos.

a. LITISPENDENCIA

La primera consecuencia de la admisión de la demanda es que se produce la litispendencia, que tiene efectos desde la fecha de presentación, que es naturalmente anterior a la decisión de admisión de la demanda. Incluso puede haber transcurrido un período apreciable si inicialmente no se admitió por la existencia de defectos subsanables y posteriormente se dio curso a la misma, una vez producida la subsanación de los defectos.

Establece el art. 427.1 ACPC:

“1. Desde la presentación de la demanda, si resulta admitida, se produce la litispendencia.”

Como es sabido, la litispendencia determina que no puedan seguirse dos procedimientos distintos entre los que exista identidad objetiva, subjetiva y entre las pretensiones de uno y otro. Su finalidad es evitar que sobre el mismo objeto recaigan sentencias contradictorias, con el desprestigio de la jurisdicción que ello puede comportar y la consiguiente inseguridad jurídica. Tal es su importancia, que puede alegarse como oposición y sustanciarse en el transcurso de la audiencia preliminar (arts. 449.1 y 455 ACPC).

b. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

A su vez, la litispendencia generada por la admisión a trámite de la demanda, produce la interrupción de la prescripción. Así lo establece el art. 427.2 ACPC:

“2. La litispendencia interrumpe la prescripción, salvo que el demandante desista de la demanda o abandone el proceso en cualquier instancia o recurso.”

Los plazos prescriptivos determinan el periodo durante el que puede ejercitarse la acción para obtener la efectividad del derecho que se ostenta, de suerte que, una vez transcurridos, la interposición de la demanda pueda dar lugar a que la parte demandada oponga la prescripción y determine por ello una sentencia absolutoria.

Pues bien, uno de los casos en que se produce la interrupción de la prescripción es cuando tiene lugar la admisión de la demanda generadora de litispendencia.

Conviene hacer dos precisiones. Como sucede con la litispendencia, la interrupción de la prescripción se producirá en el caso de que se admita la demanda, si bien surte sus efectos desde un momento anterior, cual es la presentación. Y, a su vez, queda sometida a una especie de condición resolutoria, pues dice la ley que no tendrá lugar si el demandante desiste o abandona el proceso, lo que abre la posibilidad a que deje de surtir efectos “ex tunc” la interrupción de la prescripción que inicialmente se produjo, pero que, una vez producido el desistimiento, dejó de surtir efectos, computándose como integrante del plazo prescriptivo correspondiente el tiempo transcurrido desde la presentación de la demanda hasta el desistimiento.

c. PERPETUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN

Dispone el art. 428.1 ACPC:

“1. Las alteraciones o innovaciones que se pudieran producir una vez iniciado el proceso en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa o el objeto del proceso, así como las que introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas, no modificarán la jurisdicción del juez, la competencia o la clase de procedimiento, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.”

La litispendencia produce la perpetuación de la jurisdicción (“perpetuatio iurisdictionis”). Supone esto que el juez competente en el momento de producirse aquella lo seguirá siendo, con independencia de los cambios que tengan lugar a lo largo de la tramitación del proceso y conocerá del pleito por el tipo de procedimiento iniciado. Piénsese que puede modificarse el hecho determinante de la competencia territorial (domicilio del demandado), o el valor de la cosa litigiosa, o puede cambiar la norma procesal determinante de la competencia y de la clase de procedimiento, etc.

Todos estos cambios no deberán surtir efectos en la competencia judicial, ni deberán tenerse en cuenta en la sentencia.

Con arreglo al art. 428.2 ACPC:

“2. Dichas alteraciones no se tendrán en cuenta a la hora de dictar sentencia, salvo que la innovación privare definitivamente de interés legítimo a las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, en cuyo caso se estará a lo dispuesto para la terminación anticipada del proceso”.

Puede suceder que la alteración de la situación sea de tal trascendencia que prive de interés a las pretensiones deducidas en el proceso. En tal caso se producirá la que se conoce como carencia sobrevenida de objeto. No tiene sentido, ni utilidad la continuación del pleito y se procede a la terminación anticipada, regulada en estos casos en el art. 482 ACPC, que se ocupa de la “finalización anticipada del proceso por carencia sobrevenida de objeto o por satisfacción extraprocesal”.

d. INALTERABILIDAD

Establece el art. 429.1 ACPC:

“1. Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente.”

Se impide la modificación de la demanda, lo que se conoce como prohibición de la “mutatio libelli”, que es también consecuencia de la litispendencia¹⁸.

La inalterabilidad de la demanda se relaciona con la igualdad de partes y la proscripción de la indefensión, que podría producirse si el demandante pudiera cambiar el objeto del proceso, los hechos determinantes de su pretensión o

¹⁸ Idéntica idea se contiene en el aforismo latino “lite pendente nihil innovetur”.

incluso a las personas demandadas, que en el peor de los casos se verían en situación de indefensión y en el mejor verían lesionado su derecho a la igualdad procesal. Idénticas razones aconsejan la prohibición de modificar la contestación a la demanda, que también se establece en el art. 429.1 ACPC, pese a ubicarse sistemáticamente en la disciplina legal de la demanda.

La prohibición de modificación debe entenderse referida a las alteraciones fundamentales, lo que suscita el problema de determinar qué modificaciones son básicas o afectan a aspectos esenciales, y cuales no lo son y están permitidas.

Esta diferencia permite la posibilidad de formular alegaciones complementarias, que no lleguen a implicar una alteración sustancial de los hechos, la pretensión o la causa de pedir. Por ello, establece el art. 429.2 ACPC:

“2. Lo dispuesto en el numeral anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en el presente Código.”

Sobre la prohibición de la “mutati libelli” o alteración de los aspectos fundamentales de la demanda, existe una abundante jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de España. Dice la STS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005,7707):

“La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que es la aplicable, no contenía una sanción general de la prohibición de la mutatio libelli como la que ahora proclama el artículo 412 de la LECiv vigente, pero la jurisprudencia y la doctrina la deducían de preceptos como los artículos 548.2, 693.2ª de la propia LECiv y 52 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (RCL 1952\1612), como un efecto de la litispendencia, en términos que bien pueden resumirse diciendo que la Ley prohíbe el cambio de demanda, en cuanto afecte a los elementos identificadores de la acción (sujetos, petitum y causa de pedir), salvo mutaciones no sustanciales que carezcan de entidad suficiente para significar una variación trascendental, lo que se ha de valorar en cada caso. Pero aún estas modificaciones no sustantivas se han de ajustar a los principios de preclusión, igualdad de partes y dispositivo, evitando en todo caso la indefensión en que se encontraría la parte contraria, a la que se privaría de oportunidad para alegación y prueba, con lo que se incurriría en infracción del artículo 24.1 de la Constitución (RCL 1978\2836). Una sentencia que atendiera la mutación de los pedimentos producida de este modo quedaría afectada por el vicio de incongruencia, tal y como ha sido definida por el Tribunal Constitucional, en Sentencias como las 182/2000, de 10 de julio (RTC 2000\182) y 187/2000, de 10 de julio (RTC 2000\187), y por esta misma Sala, en Sentencias como las 11 de abril de 2000 (RJ 2000\2434), 10 de abril (RJ 2002\4154) y 8 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10015). Pues, como se decía en la Sentencia de 13 de mayo de 2002 (RJ 2002\5595) (doctrina que recogen las Sentencias de 26 de febrero de 2004, núm. 141 [RJ 2004\1749] y de 15 de junio de 2004, núm. 559 [RJ

2004\3850]), con abundantes citas jurisprudenciales, la doctrina de esta Sala viene declarando que los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación y de contradicción, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la «*mutatio libelli*», ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia (pendente *apellatione nihil innovetur*). La alteración de los términos objetivos del proceso genera una mutación de la «*causa petendi*» y determina incongruencia «*extra petita*», todo ello en base a la doctrina jurisprudencial que veda, en aplicación del artículo 359 LECiv de 1881, resolver planteamientos no efectuados. A lo que añadía que no cabe invocar la aplicación del principio *iura novit curia* ya que este principio no permite la mutación del objeto del proceso ni la extralimitación de la causa de pedir ni, en definitiva, autoriza la resolución de problemas distintos de los propiamente controvertidos.

Esta doctrina puede apoyarse en otras muchas Sentencias, como la de 22 de mayo de 2003, núm. 495 (RJ 2003\7149), en la que se dice que no cabe tener en cuenta una pretensión formulada en trámite de alegaciones sobre el resultado de una prueba practicada para mejor proveer, lo que hubiera generado incongruencia y hubiera ocasionado la indefensión de la contraparte, y aún en las que admiten (como las de 16 de septiembre de 2003 [RJ 2003\6989], 17 de febrero de 2004, núm. 74 [RJ 2004\1133], y 3 de junio de 2004, núm. 518 [RJ 2004\4630]) alteraciones no sustanciales, siempre que respeten la causa *petendi* o «*fundamento histórico de la demanda*», como ya decía la Sentencia de 3 de febrero de 1992 (RJ 1992\817), lo que en el caso se puede predicar de alguna de las modificaciones, pero no de otras, y más cuando todas ellas están marcadas por la absoluta intempestividad del momento procesal escogido para formularlas”.

e. EXCEPCIONES A LA INALTERABILIDAD

La propia ley admite excepciones que tienen mayor alcance que las meras alegaciones complementarias.

1. La primera de ellas es la **ampliación** de la demanda, regulada en el art. 430 ACPC:

“1. No se permitirá la acumulación de pretensiones después de contestada la demanda.

2. Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas pretensiones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados. En tal caso, el plazo para contestar a la demanda se volverá a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda.

3. En estos casos el demandado podrá oponerse en la contestación a la acumulación pretendida cuando no se acomode a lo dispuesto en las normas que regulan la acumulación, resolviéndose sobre ello en la audiencia preliminar del proceso ordinario o en la audiencia del proceso abreviado.

4. Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, se podrá instar en la demanda la condena a los que se devenguen con posterioridad al momento en que se presentó, y la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los que se devenguen después de dictada y hasta su total ejecución.”

La inalterabilidad de la demanda viene en realidad determinada por la contestación del demandado. Hasta que no tiene lugar ésta, puede el demandante modificar la demanda en el aspecto objetivo acumulando nuevas pretensiones a las ya contenidas en el escrito inicial, en el subjetivo dirigiendo su pretensión contra otros inicialmente no demandados o, debemos entender, en ambos, ampliando las pretensiones y el número de demandados.

La posibilidad de reacción del demandado a esta alteración queda limitada a la impugnación de la acumulación, cuando la misma no se ajuste a las normas de los arts. 96, siguientes y concordantes del ACPC. En estos casos, se establece que la oposición se resolverá en la audiencia preliminar si se trata del proceso ordinario, o en la audiencia del proceso abreviado. Cabe observar que en realidad se está ubicando en el ámbito de regulación estricta del proceso ordinario una norma que es común con el abreviado, lo que es discutible desde la perspectiva de una correcta sistemática y, por otra parte, evidencia que el legislador ha querido dotar al juicio ordinario de cierto carácter de modelo o “proceso tipo” de la nueva normativa procesal civil.

No es propiamente ampliación, ni modificación de la demanda la petición de condena al pago de los intereses o prestaciones periódicas que se devenguen con posterioridad, que también se admite. En puridad, en estos casos estaremos ante el ejercicio de una pretensión cuyo objeto es la obtención de una sentencia de condena al pago de una cantidad determinada en cuanto a las cuantía de la deuda ya devengada al presentarse la demanda, de otra porción que habrá de precisarse antes de dictar sentencia con arreglo a sencillas operaciones aritméticas y, finalmente, de otra suma a que se referirá un pronunciamiento de condena con reserva de liquidación, previsto en el art. 200.2 ACPC y regulado en el art. 209 ACPC, que manda que deberán fijarse claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética. A este mismo criterio obedece que el art. 480.2

ACPC permita que la sentencia condene al pago de intereses todavía no devengados.

2. La segunda excepción la constituye la introducción de hechos nuevos.

Con arreglo al art. 431 ACPC:

“1. En caso de que los plazos para realizar alegaciones de parte hubieren transcurrido ya y, siempre antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de un escrito de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto de la audiencia.

2. Del escrito de ampliación de hechos se dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. En este caso, podrá aducir todo lo que contribuya a aclarar o desvirtuar el hecho que se afirme en el escrito de ampliación”.

Se permite la que la propia ley denomina ampliación de hechos, que puede formularse mediante la presentación por cualquiera de las partes del escrito en que se cuentan aquellos, una vez precluidos los actos de alegación y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia.

Deben ser hechos nuevos, ya sea en el aspecto objetivo por haber ocurrido una vez efectuadas las alegaciones, ya en el subjetivo por conocerse en dicho momento procesal hechos acaecidos anteriormente.

Han de ser hechos relevantes para la decisión del pleito. Esta trascendencia deberá ser valorada por el tribunal, que si entiende que no concurre, así lo hará saber y no dará lugar al trámite de traslado y alegaciones a la otra parte.

Si la alegación de parte sobre el hecho nuevo supera el tamiz de la valoración judicial acerca de la relevancia para la resolución del pleito, se da traslado del escrito a la parte contraria que, para salvaguardar los principios de defensa e igualdad de partes, dispone de un plazo de cinco días para alegar lo que estime conveniente acerca de lo afirmado por la contraparte en el momento final del proceso. Debe entenderse la referencia al traslado a la parte contraria como traslado a las demás partes, incluidas las que ocupen la misma posición procesal que quien pretende la incorporación de los hechos nuevos, como codemandantes o codemandados de éste.

La posibilidad de que las partes aleguen hechos nuevos y de que la contraria se pronuncie respecto de los mismos plantea inevitablemente la cuestión de si con

el escrito en que se manifiestan o reconocen aquellos es posible la presentación de documentos que acrediten las afirmaciones de cada parte al respecto.

El momento a partir del cual ya no es posible la alegación sobre los hechos nuevos está más claro. Puesto que sólo es posible dicha aportación “antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia” y dicho plazo se inicia al terminar la audiencia probatoria (art. 480 ACPC), parece claro que ésta es el último estadio procesal en que pueden realizarse dichas alegaciones escritas.

III. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y LA RECONVENCIÓN

Una vez que la demanda ha sido admitida a trámite, la actividad procesal que se desarrolla a continuación tiende, en primer lugar, a poner en conocimiento del demandado, contra quien se dirige la pretensión y respecto del que se pide el pronunciamiento de condena, la existencia del proceso y de la reclamación que se ha formulado en su contra. A partir del conocimiento de la pendencia de la demanda y de los argumentos en que la misma se funda, así como de las pruebas fundamentales mediante las que el demandante intentará conseguir un pronunciamiento judicial favorable, puede el demandado defenderse y solicitar que se rechace la demanda mediante una sentencia absolutoria.

La información al demandado de la existencia de la reclamación responde a las más elementales exigencias de los principios de defensa, audiencia y contradicción plasmados en los artículos 1 y 4 ACPC, por cuanto la notificación de la interposición de la reclamación no es a los solos efectos de conocimiento, sino para que pueda ser oído por el tribunal antes de que éste adopte la decisión pertinente.

A partir del traslado de la demanda, se abre ante el demandado un abanico de posibilidades. Puede, simplemente, no realizar actividad alguna. Puede oponerse a la reclamación y pedir una sentencia condenatoria. Y cabe también la posibilidad de que no solamente combata la pretensión del demandante, sino de que a su vez formule una reclamación contra el mismo.

A todo ello nos referiremos a continuación.

A. EMPLAZAMIENTO

El emplazamiento se regula en el art. 432 ACPC:

- “1. Admitida la demanda, se conferirá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará con entrega de la copia y de los anexos para que la contesten dentro de los treinta días siguientes.*
- 2. Si los demandados fuesen varios y se hallaren en diferentes circunscripciones judiciales el tiempo del emplazamiento se computará para todos tomando en cuenta el último de los realizados.*
- 3. El emplazamiento podrá hacerse al profesional del derecho que tuviera facultad para ello o cuando se hubiere personado en el juicio.”*

El emplazamiento es una actuación procesal dirigida a la parte, para que esta pueda personarse y actuar dentro de un plazo. Es el primer paso una vez que se ha producido la admisión de la demanda, que tiene la doble finalidad de poner en

conocimiento del demandado la interposición en su contra de la demanda, mediante la entrega de copia de la misma y sus anexo y ofrecerle la oportunidad de contestarla dentro de los siguientes treinta días.

Se prevé expresamente que pueda hacerse el emplazamiento al profesional del derecho que esté facultado para ello o se haya personado en el juicio en nombre del demandado. La posibilidad de comunicación con el representante viene expresamente prevista en el art. 138 ACPC, si bien dispone el art. 139.1 ACPC que el primer emplazamiento se debe hacer en el domicilio del demandado, regla general de la que parece ser una excepción la posibilidad que ofrece el artículo 432 ACPC de que se entienda con el profesional del derecho apoderado al efecto o que se haya personado en el juicio, lo que comporta necesariamente que previamente haya tenido conocimiento de la interposición de la demanda.

Para el cómputo de los treinta días siguientes al emplazamiento dentro de los cuales puede el demandado contestar a la demanda ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 128 ACPC, con arreglo al cual comienza el cómputo en el día siguiente y se cuenta el último del plazo, hasta la medianoche, excluyéndose los días inhábiles.

Y, además, siendo varios los demandados y domiciliados en diferentes circunscripciones judiciales al ser emplazados, varía el cómputo, que respecto de todos ellos se cuenta a partir del día en que se produjera el último emplazamiento a uno de los codemandados. Con ello, se facilita el control de si la contestación se ha efectuado dentro del plazo o, en su defecto, si transcurrido el mismo procede la declaración de rebeldía, lo que tendría cierta complejidad si debiera contarse el plazo de los treinta días a partir del día del emplazamiento de cada uno de los codemandados. Con el sistema del ACPC existe un único cómputo para todos, que comienza el día del emplazamiento del último, aunque implica que no todos los demandados habrán dispuesto del mismo tiempo para contestar a la demanda o decidir no hacerlo, aunque nunca menos de treinta días.

B. CONTESTACIÓN

La contestación puede definirse como el acto procesal de parte en el que se opone expresamente la resistencia por el demandado, esto es, por medio del cual el demandado pide que no se dicte contra él sentencia condenatoria. La contestación como acto es un continente; el contenido es la resistencia y ésta es una declaración petitoria de no condena¹⁹. Así suele suceder, aunque en este trámite también es posible el allanamiento.

¹⁹ MONTERO AROCA, J.: "Derecho Jurisdiccional II". 14ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. 2005. Pg. 214.

La disciplina legal de la contestación a la demanda tiene dos aspectos, uno formal, atinente a los requisitos externos, y otro material, que regula cuál ha de ser su contenido.

1. La vertiente formal de la contestación a la demanda la ofrece el art. 433 ACPC:

“La contestación a la demanda se redactará en la forma y con los requisitos previstos para ésta. Asimismo se deberán acompañar a la contestación los anexos exigidos para la demanda.”

Aunque no siempre ha de ser así, como no lo es en los casos de allanamiento total o parcial, la contestación puede concebirse como la respuesta a la demanda mediante un acto procesal de contenido opuesto a la misma, por cuanto frente a la petición de condena contenida en la demanda, en la contestación se pide la absolución en cuanto al fondo, o el archivo del procedimiento sin entrar a conocer de los aspectos materiales del pleito, lo que sucede cuando se aprecia la concurrencia de alguna excepción procesal que no se subsana a tiempo o que resulta ser de imposible remedio.

Y siendo correlativa a la demanda, se requieren idénticas exigencias en cuanto a la identificación y domicilio del demandado y del profesional del derecho que le asiste, expresión ordenada y clara de los hechos y de la fundamentación jurídica y expresión de lo que se pide, precisando debidamente el eventual carácter subsidiario de las peticiones (p. ej. absolución o, en su defecto, condena al pago de cantidad menor de la reclamada, etc.). También han de acompañarse los anexos correspondientes, como son copia del documento de identidad, el poder, título de legitimación, informes y dictámenes y demás medios probatorios.

2. Del aspecto sustantivo, del contenido de la contestación se ocupa el art. 434 ACPC:

“1. En la contestación a la demanda, que se redactará en la forma prevenida para ésta, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente. Si considerare inadmisibile la acumulación de acciones, lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidad. También podrá manifestar en la contestación su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del actor, así como a parte de la única pretensión aducida.

2. En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

3. También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales que serán resueltas en la audiencia preliminar, y demás alegaciones que pongan de relieve cuando obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.”

El inicio del precepto es reiterativo del anterior. Vuelve a decirse que la contestación se redactará en la forma exigida para la demanda. Por lo demás, se configura como la respuesta a todas las cuestiones que pueda suscitar la demanda, tanto de fondo como procesales, pues han de alegarse las defensas que el demandado pueda oponer a la pretensión del actor. Aunque, como veremos, la rebeldía no supone aquietamiento a la demanda, ni mucho menos allanamiento, en la contestación se deben contener todos los instrumentos de resistencia de que pueda disponer el demandado.

En primer lugar, en el caso de que en la demanda se hayan acumulado varias acciones y lo considere inadmisibile, deberá decirlo y razonarlo.

Es en el escrito de contestación donde deben esgrimirse las excepciones procesales, que serán tratadas en la audiencia preliminar. Y, desde luego, también las materiales de que disponga el demandado, es decir, los motivos de oposición por razones de fondo.

Y, en sentido contrario, puede expresar su allanamiento total o parcial a las pretensiones de la demanda.

Conviene que en la contestación, además de observarse los requisitos que se piden para la demanda, se ordenen los hechos de forma numerada y correlativa a los del escrito inicial del proceso, admitiendo o negando los expuestos por el actor y expresando los motivos de ello, lo que facilita su lectura y, a la vez, la correcta articulación de la oposición. Téngase en cuenta que el silencio respecto de algún hecho de la demanda puede ser tenido por el Tribunal como admisión tácita, si es perjudicial al demandada. Y lo mismo sucede en el caso de respuestas evasivas (art. 434.2 ACPC).

Finalmente, no puede pasarse por alto que, aunque el contenido de los arts. 432 y 433 ACPC parece referirse, al remitirse a las exigencias de la demanda, a los arts. 424 y 425 ACPC que tratan de ésta, también de la contestación es predicable la prohibición de alteración, tradicionalmente referida únicamente a la demanda. El art. 429 ACPC, tratado en el apartado correspondiente a la demanda, no solamente se refiere a ésta, sino también a la contestación, cuando establece la prohibición de alterar el objeto del pleito. Y, en sentido contrario, la introducción en el proceso de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 431 ACPC) puede hacerla tanto el actor como el demandado.

C. RECONVENCIÓN

La reconvencción viene a ser una nueva demanda que, en el mismo escrito de contestación, dirige el demandado frente al actor y, en su caso, también frente a otras personas, que debe ser tramitada en el procedimiento y resuelta en la misma sentencia por el mismo juez que da respuesta a la demanda interpuesta por el actor.

Así lo dice expresamente el art. 436.2 ACPC:

“La reconvencción se substanciará en el mismo procedimiento que la demanda y ambas serán resueltas en una sola sentencia”.

La reconvencción no es una mera contestación a la demanda o resistencia a las pretensiones contenidas en ésta. Excede de dicho ámbito para introducir una nueva pretensión y, por ello, un nuevo proceso.

Dicho de forma simple, la reconvencción es la reclamación que, a su vez y en el mismo acto en que contesta a la demanda, interpone el demandado contra el actor y eventualmente contra otros. En definitiva, el demandado aprovecha la apertura de un procedimiento que, en principio, se dirige contra él para, a su vez, formular pretensiones contra el actor y, en su caso, contra terceros que puedan considerarse litisconsortes de aquél por su relación con el objeto de la demanda reconvenccional (art. 436.3 ACPC).

La consecuencia inmediata de ello es que el inicialmente actor demandante sea también demandado (reconvenido) y que quien al comienzo del proceso desempeñaba sólo el papel de demandado, pase simultáneamente a ser demandante (reconviniente).

Dispone el art. 435 ACPC:

“1. Al contestar a la demanda el demandado podrá formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen contra el demandante, por medio de la reconvencción. Sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.

2. No se admitirá la reconvencción cuando el juez carezca de competencia por razón de la materia o de la cuantía, o cuando la pretensión deba decidirse en un proceso de diferente tipo. Sin embargo, podrá interponerse mediante reconvencción en el procedimiento ordinario la pretensión conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en un procedimiento abreviado.

3. La reconvencción podrá dirigirse al mismo tiempo contra sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvencciónal”.

Debe matizarse la idea de la reconvencción como el simple aprovechamiento que hace el demandado de la apertura del procedimiento en su contra para, a su vez, plantear una reclamación contra el actor. Así sería simplemente si pudiera el demandado reconveniente formular cualquier clase de pretensión contra el actor, con independencia de la existencia de alguna conexión entre el objeto de la reconvencción y el de la demanda.

Sin embargo, el ACPC impone un límite objetivo al ámbito de la reconvencción, al decir el último inciso el art. 435.1 que debe existir conexión entre las pretensiones de la reconvencción y las de la demanda.

Otro límite es el de la competencia objetiva o por razón de la cuantía del juez que conoce de la demanda, ante el que no podrá formularse reconvencción que contenga una pretensión para cuya resolución carezca aquél juez de competencia, o cuando la pretensión deba ventilarse en un procedimiento de diferente clase. Ello no obsta que, puesto que quien puede lo más puede lo menos, en un procedimiento ordinario pueda formularse reconvencción que, por su cuantía, debería deducirse en un procedimiento abreviado.

La nueva regulación procesal parece impedir la posibilidad de la llamada reconvencción implícita, consistente en formular en la contestación a la demanda peticiones distintas a la pura y simple absolución de las pretensiones formuladas por el actor.

El art. 436.1 ACPC exige que la reconvencción se formule en el mismo escrito de la contestación, pero con la debida separación de la misma y cumpliendo con los requisitos de la demanda, cuales son la exposición clara, ordenada y separada de la fundamentación fáctica y jurídica, así como de lo que se pretende obtener mediante la reconvencción:

“1. La reconvencción se propondrá con la debida separación en el mismo escrito en que se contesta a la demanda, en la forma y con los requisitos exigidos para la demanda, expresando con claridad lo que se pretende obtener. En ningún caso se considerará formulada reconvencción si el demandado se limita a solicitar que se le absuelva de la demanda”.

Como la reconvencción supone la incorporación al proceso de un objeto, de una pretensión diferente a la contenida en la demanda y por un sujeto procesal diferente y contrario al actor, el más elemental respeto al principio de igualdad exige que el actor reconvenido tenga la posibilidad de contestar a la pretensión

reconvencional, lo que podrá hacer en el plazo de treinta días a partir de la notificación de ésta y con la forma y requisitos de la contestación a la demanda. Así lo dice el art. 437 ACPC:

“El demandante reconvenido y los terceros demandados en la reconvención podrán contestar a la reconvención en el plazo de treinta días a partir de la notificación de la demanda reconvencional. Esta contestación se ajustará a lo dispuesto para la contestación a la demanda”.

D. EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN

Como es sabido, la compensación es una de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1.421 C. Civil). Tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (art 1.473 CC) y, mediando los requisitos exigidos por el art. 1474 CC (obligados principales, deudas líquidas, vencidas y no litigiosas), produce el efecto de extinguir ambas deudas en la cantidad concurrente (art. 1.480 CC).

En el caso de que frente a la pretensión de condena al pago de cantidad formulada por el actor el demandado oponga un crédito compensable de cuantía superior a la reclamación de aquél, cabría plantear la discusión de si esta oposición debería o no hacerse mediante la formulación de la reconvención, a no ser que renunciara al exceso. Podría igualmente cuestionarse si para la oposición de la compensación bastaría la simple formulación de una excepción material.

El art. 438 ACPC ofrece una solución:

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

La excepción de compensación, con arreglo al precepto que se acaba de transcribir, puede ser contestada por el actor como si se tratase de una reconvención. Y ello aun en el caso de que, pese a oponerse la compensación con un crédito de cuantía superior a la reclamada en la demanda, el demandado oponente solamente busque su absolución, no la condena del actor al pago de la diferencia que resulte a favor de aquel.

Mediante esta solución de que el actor contrarreste la excepción de compensación, se posibilita el debate contradictorio sobre esta cuestión en el

proceso. Por lo tanto, la sentencia que recaiga deberá ocuparse de dejar resuelta esta discusión acerca de la compensación, al tratarse de un objeto litigioso incorporado al proceso. Por eso termina diciendo el precepto que se acaba de transcribir que la sentencia que recaiga pondrá fin al juicio, con lo que se quiere dar a entender que dejará definitivamente resuelta, no solamente la cuestión suscitada en la demanda, sino también la relativa a la compensación opuesta, pues habrá mediado la correspondiente controversia sobre ella.

E. ALEGACIÓN DE NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO EN QUE SE FUNDA LA DEMANDA

Puede suceder que el demandado oponga la nulidad absoluta del negocio en que se funda la demanda; piénsese en un contrato de préstamo, o de compraventa, que el actor invoca como generador del crédito para cuyo cobro ha interpuesto la demanda.

El art 439 ACPC regula este supuesto:

“1. Cuando el demandado adujere en la contestación hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la demanda, el actor podrá solicitar contestar a la alegación de nulidad en el mismo plazo y forma establecidos para la contestación a la reconvencción.

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

La norma se refiera a la oposición por el demandado de la nulidad del negocio jurídico, de forma coherente con lo que dispone el art. 1.595 CC, aunque, con arreglo al art. 1.589 CC, puede declararse de oficio si consta en autos, aunque no se haya alegado expresamente.

Una lectura apresurada o superficial de este precepto puede ofrecer la impresión de que la alegación de nulidad del negocio jurídico base de la demanda recibe el mismo tratamiento que la reconvencción o, en todo caso, que la alegación de compensación. Pero existe una diferencia importante.

Resulta que en el caso de la reconvencción o en el de la excepción de compensación, el tribunal está obligado a ofrecer al actor la posibilidad de contestar y oponerse a lo alegado por el demandado que reconviene o excepciona la compensación. Sin embargo, en este supuesto en que se alega la nulidad del negocio, no es el tribunal el obligado a permitir al actor oponerse, sino que éste

tiene la posibilidad de solicitar al tribunal que se le permita contestar a la alegación de nulidad como si se tratara de la contestación a la reconvencción.

Los términos del precepto plantean varios problemas.

En primer lugar, si la solicitud del actor es vinculante para el tribunal, o podrá este denegar la ocasión de replicar a la invocación de la nulidad del negocio en que se funda la demanda. Aunque no lo dice la ley, la respuesta más conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva debe conducir a la conclusión de que siempre que lo pida el demandante concernido por la alegación, el tribunal deberá permitirle contestar a ésta. De no hacerlo así, y puesto que está obligado a resolver sobre esta cuestión, sucederá que se ha dictado sentencia sobre un aspecto litigioso sin un previo debate contradictorio, lo que no es compatible con un proceso respetuoso de los derechos de las partes.

Puede también plantearse la cuestión de cuál es el momento procesal adecuado para que el actor solicite poder responder a la alegación, teniendo en cuenta que la forma de la respuesta deberá ajustarse a la de la contestación a la reconvencción. Aunque nada dice la ley al respecto, creo que debe concluirse que, en todo caso, la solicitud, la resolución al respecto del tribunal y la presentación de la contestación a la alegación de nulidad han de tener lugar antes de la audiencia preliminar, puesto que uno de los fines de ésta es la depuración del proceso ya conformado. Y, como mínimo, la solicitud del actor no podrá plantearse una vez transcurridos treinta días desde que se le dio traslado de la contestación, pues dicho plazo es el establecido para contestar a la demanda y a la reconvencción. En el mismo sentido, y siquiera por analogía, treinta días será el plazo concedido por el tribunal para articular y presentar la respuesta a la alegación de nulidad.

Una vez ampliado el ámbito del debate contradictorio a la excepción de nulidad del contrato, deberá resolverse esta cuestión en la sentencia y previamente al examen, si procede, de las demás planteadas en el proceso. Se trata de un orden lógico, si se tiene en cuenta que de la eficacia del negocio que se discute depende el triunfo de la reclamación formulada en la demanda.

IV. LA REBELDÍA

A. CONCEPTO

El concepto de rebelde en el proceso civil tiene poco que ver con su significado vulgar que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es el que, faltando a la obediencia debida, se rebela, se subleva. Tampoco se asemeja a la rebeldía en el proceso penal, en el que se da una actitud de resistencia consciente por parte del imputado que se sustraer a la acción investigadora y/o enjuiciadora y/o punitiva de la Administración de Justicia.

En el proceso civil, tras una fase en que se consideró que la presencia del demandado en el proceso era una obligación cuyo incumplimiento podía dar lugar a actuaciones de tipo coactivo, como la acción sobre los bienes y la proscripción, la concepción de rebeldía descansa, por un lado en el principio de contradicción y, por otro, en la noción de carga²⁰.

El principio de contradicción supone que el demandado ha de tener la oportunidad de ser oído y de articular la oposición frente a la demanda, lo que no implica que se le deba obligar a personarse y a contestar a la misma. La observancia de dicho principio requiere únicamente que se ofrezca la oportunidad de defensa, con independencia de cuál sea la actitud del demandado, que puede personarse o mantener una actitud pasiva.

La incomparecencia o falta de personación del demandado que ha sido debidamente emplazado en el tiempo de que dispone para ello da lugar a la rebeldía procesal. Debe precisarse que, desde luego, dicha falta de personación ha de ser voluntaria, pues de lo contrario se produce indefensión para la parte demandada.

Establece el art. 440.1 ACPC:

“Si transcurrido el plazo para contestar la demanda el demandado a quien se le hubiera notificado válidamente no se persona en el procedimiento, se le declarará rebelde. También será declarado rebelde el litigante que, notificado de la renuncia o falta de aceptación de su apoderado, no comparece debidamente representado dentro del plazo de cinco días”.

El emplazamiento debe reunir los requisitos que señala el art. 137.2 ACPC. Se efectúa mediante cédula, en la que se debe indicar el tribunal que hubiese dictado la resolución y el litigio en que haya recaído, el nombre y apellidos de la persona a quien se haga la citación o emplazamiento, el objeto de

²⁰ MONTERO AROCA: Ob. citada. Pg. 204.

éstos y el lugar, día y hora en que deba comparecer el citado, o el plazo dentro del cual deba realizarse la actuación a que se refiera el emplazamiento, con la prevención de los efectos que, en cada caso, la ley establezca. A ello debe añadirse, en el caso del emplazamiento para contestar a la demanda, que es el primer acto de comunicación que se tiene con el demandado, que se haga entrega de copia de la demanda y de los anexos de la misma (art. 432.1 ACPC).

Cuando la comunicación al demandado ha sido hecha irregularmente, no procede la declaración de rebeldía, ya que no puede presumirse que conocía el proceso. Si el resultado de la comprobación de la validez formal del acto de comunicación es negativo y salvo que se aprecie que pese a la deficiencia el demandado es conocedor del proceso que se sigue frente a él, lo correcto es que el tribunal ordene la práctica de una nueva diligencia de emplazamiento realizada conforme a las previsiones legales. Y si se desconoce el domicilio del demandado, antes de recurrir a la citación edictal deben llevarse a cabo pesquisas o averiguaciones del mismo. La finalidad de este esfuerzo para que sea real y efectiva la oportunidad del demandado de personarse en el proceso es la garantía y salvaguarda de los derechos de defensa, contradicción y tutela judicial.

Para llevar a cabo el emplazamiento es necesaria la correcta localización del demandado. El demandante debe designar en la demanda el domicilio del demandado (art. 424.2.4º ACPC), que puede ser bien el domicilio personal, el lugar donde habita, o también el profesional sin perjuicio de que, con arreglo a la previsión del art. 139.2 ACPC, pueda ofrecer todos los datos que puedan facilitar la localización. Y si desconoce el domicilio o no dispone de datos suficientes, el art. 141 ACPC prevé la utilización de los medios oportunos, pidiendo los datos necesarios a registros oficiales, organismos, colegios profesionales, entidades y empresas que puedan dar información sobre ello.

Y solamente en el caso de que resulten estériles estas gestiones es cuando será procedente la comunicación mediante edictos.

Como vemos, se deben agotar todas las posibilidades de entender directamente con el demandado el acto de comunicación. La excesiva ligereza o falta de rigor en la averiguación de su domicilio y el prematuro recurso al emplazamiento edictal pueda dar lugar a la anulación del proceso, por infracción de los derechos de defensa y contradicción.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español viene siendo muy exigente en la diligencia que, tanto la parte contraria, como el tribunal, deben observar en la práctica de los actos de comunicación. La STC de 21 de noviembre de 2005 (RTC 2005/293) sostiene que:

“En síntesis, hemos reiterado la gran relevancia que posee la correcta constitución de la relación jurídica procesal para garantizar el derecho de defensa reconocido en el art. 24 CE, que implica la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, en particular del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (STC 16/1989, de 30 de enero [RTC 1989\16], F. 2), de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental, salvo que la situación de incomunicación sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia (STC 268/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\268], F. 4, y las allí citadas), si bien es necesario recordar que la posible negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el conocimiento extraprocesal de la causa judicial tramitada inaudita parte, que excluiría la relevancia constitucional de la queja, «no puede fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta su efecto invalidante de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999\219], F. 2, y 128/2000, de 16 de mayo [RTC 2000\128], F. 5)» (STC 268/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\268], F. 4).

Por las razones expuestas, recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero (ya desde la STC 9/1981, de 31 de marzo [RTC 1981\9]). En congruencia con lo anterior, hemos señalado que la modalidad del emplazamiento edictal, aun siendo válida constitucionalmente, exige, por su condición de último remedio de comunicación, «no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades de más garantía y la constancia formal de haberse intentado practicarlas, sino también que el acuerdo o resolución judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero o de domicilio desconocido, presupuesto de la citación por edictos, se halle fundada en criterio de razonabilidad que lleve a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de comunicación (SSTC 39/1987, de 3 de abril [RTC 1987\39]; 157/1987, de 15 de octubre [RTC 1987\157]; 155/1988, de 22 de julio [RTC 1988\155], y 234/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988\234])» (STC 16/1989, de 30 de enero [RTC 1989\16], F. 2; en el mismo sentido las posteriores

SSTC 219/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999\219], F. 2; 65/2000, de 13 de marzo [RTC 2000\65], F. 3, y 268/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\268], F. 4). En tales casos resulta exigible que el órgano judicial observe una especial diligencia agotando previamente todas las modalidades aptas. para asegurar en el mayor grado posible la recepción por su destinatario de la notificación. Así, hemos declarado que, cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos (entre otras muchas, la reciente STC 40/2005, de 28 de febrero [RTC 2005\40],F.2).

3. Pues bien, examinado el testimonio de las actuaciones del procedimiento civil remitido a este Tribunal, no ofrece duda, a la luz de la doctrina constitucional anteriormente reseñada, la estimación de la demanda de amparo.

En efecto, el referido testimonio de las actuaciones judiciales permite constatar, en primer lugar, la presencia en el caso enjuiciado del supuesto de hecho sobre el que se asienta la doctrina constitucional reseñada, es decir, la existencia de un procedimiento seguido inaudita parte, del que derivó un perjuicio efectivo para los legítimos intereses del demandante de amparo y, en segundo lugar, no se aprecia en las actuaciones judiciales la existencia de datos o hechos de los que pueda inferirse que la indefensión denunciada sea consecuencia de la propia actitud voluntaria o negligente mantenida por el recurrente con relación al proceso, ni que éste tuviera conocimiento extrajudicial del mismo.

De otro lado, como aducen el recurrente y en su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal, y luce con claridad del contenido de las actuaciones, el órgano judicial no actuó con la debida diligencia para la correcta constitución de la relación procesal, al proceder sin solución de continuidad, a instancia de la parte actora, al emplazamiento del ahora recurrente mediante edictos por considerarlo en paradero desconocido tras practicarse una única diligencia negativa de emplazamiento en la dirección facilitada por el demandante, pese a que constaba el domicilio del recurrente en el encabezamiento de la sentencia dictada en el procedimiento de desahucio del local seguido entre las mismas partes, que acompañaba al escrito de la demanda rectora de la litis, así como en las actuaciones del juicio de desahucio que se incorporaron a los autos de los que trae causa el presente procedimiento de amparo constitucional.

Por consiguiente, y como se ha concluido en casos similares al ahora enjuiciado (SSTC 65/2000, de 13 de marzo [RTC 2000\65]; 268/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\268], o 214/2005, de 12 de septiembre [RTC 2005\214]), el órgano judicial, al acudir al emplazamiento edictal del demandado sin agotar previamente los medios que tenía a su alcance para localizar su domicilio, no satisfizo las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, causando al

demandante de amparo una real y efectiva indefensión al no poder personarse en el procedimiento para defender sus derechos e intereses, por lo que –conforme se ha adelantado– procede otorgar al recurrente el amparo solicitado”.

En cuanto a la clase de resolución que debe hacer la declaración de rebeldía, parece más adecuado que se efectúe mediante auto dado que, vista su trascendencia, excede de un mero acto de trámite o de impulso del proceso (art. 193 ACPC).

B. EFECTOS

1. RESPECTO DEL PROCESO

Al referirnos a los efectos que surte la rebeldía en el proceso empleamos un criterio sistemático, por cuanto en buena medida no existen tales efectos o, en todo caso, son mínimos, por lo que la respuesta ha de ser en principio negativa, sin perjuicio de las matizaciones que puedan hacerse al respecto.

Con arreglo al art. 440.2 ACPC:

“La falta de personamiento del demandado en el plazo otorgado al efecto no impedirá la continuación del procedimiento, sin que pueda entenderse su ausencia como allanamiento o reconocimiento de hechos, salvo que la ley dispusiera otra cosa”.

a. SOBRE EL OBJETO

La rebeldía procesal no surte ningún efecto respecto del objeto del proceso. Ni se entiende o debe presumir que el demandado no personado se somete a la pretensión, o admite los hechos y pretensiones del actor, ni éste queda liberado de la prueba de aquellos, ateniéndose a la distribución de la carga probatoria del art. 238 ACPC.

Ahora bien, lo que no debe suceder es que la carga que pesa sobre el actor de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión resulte más gravosa en los casos en que su falta de personación, y aun su paradero desconocido no haya permitido disponer de los elementos probatorios que impide dicha ausencia, como puede ser el interrogatorio del demandado, o la aportación por el mismo de determinados documentos a petición del actor. En este ámbito, es fundamental tener en cuenta los criterios de la facilidad probatoria o de la proximidad al objeto de prueba, positivizados en el art. 238.5 ACPC, al disponer que “Para la aplicación de lo dispuesto en los numerales anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una

de las partes del litigio”. Dicho de otro modo, las carencias probatorias imputables a la imposibilidad de llevar a cabo el interrogatorio del demandado, pues se desconoce su domicilio, o de disponer de determinados documentos que se encuentran en poder de aquél y que podrían esclarecer la situación del objeto litigioso, nunca han de perjudicar al actor, haciendo más gravosa o incómoda su carga probatoria.

En relación con la aplicación flexible de la carga de la prueba, tiene dicho el STS de España, por ejemplo, en Sentencia de 16 de octubre de 2002 (RJ 2002,8897), que:

“Esta Sala ha manifestado que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 1994 [RJ 1994\834] y 30 de julio de 1999 [RJ 1999\6358]); y el Tribunal Constitucional, en sentencia número 227/1991 (RTC 1991\227), ha declarado que, cuando las fuentes de prueba se encuentren en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad; igualmente, en SSTC números 98/1987 (RTC 1987\98) y 14/1992 (RTC 1992\14), afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al artículo 24.1 de la CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa; y, finalmente, aparte de otras, en SSTC de 17 de enero de 1994, 17 de julio de 1995, 28 de febrero de 1997 y 26 de julio de 1999, ha manifestado que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza”.

Se critica por parte de la doctrina procesalista la dicción legal acerca de que la rebeldía no puede entenderse “como allanamiento o reconocimiento de hechos”. La razón es que el allanamiento o el reconocimiento de hechos son propios de la parte demandada, mientras que la declaración de rebeldía proviene del órgano judicial. Se sugiere por ello como más correcta la expresión de que la incomparecencia del demandado que da lugar a su declaración de rebeldía no puede ser considerada como conformidad con la pretensión del actor, ni como

admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que así lo disponga la ley²¹.

b. SOBRE LA TRAMITACIÓN

La incomparecencia del demandante no produce ningún efecto en el curso de la tramitación del procedimiento, que no sufre el menor retraso por tal motivo. Podrá haberlo experimentado previamente, mientras se llevaban a cabo las gestiones de localización del demandado, que han podido demorar la progresión del pleito, pero este retraso no se habrá debido a la declaración de rebeldía, sino a los intentos de salvaguardar los derechos de igualdad y contradicción del demandado.

El proceso continúa con arreglo a los trámites legalmente previstos, sin más particularidades que las relativas a las notificaciones a que enseguida se hará referencia y que, si se desconoce su domicilio, resultará extremadamente difícil conseguir que se practique la prueba de interrogatorio del demandado, si lo pide el actor.

Se produce una consecuencia inherente a la declaración de rebeldía y que, más propiamente, se debe directamente a la configuración del proceso como una continuación de actos legalmente previstos y regulados que le hacen avanzar hasta su fin y que se suceden en una progresión que no permite el retroceso salvo, obviamente, cuando se declare la nulidad. Consiste en la imposibilidad de tener ocasión de actuar o llevar a cabo actos procesales cuando ya pasó su oportunidad legalmente configurada es la preclusión que informa el proceso civil. Como dice el art 18.2 ACPC, la actividad procesal debe realizarse dentro de los plazos establecidos legalmente, precluyendo en caso contrario. El art. 126.1 ACPC viene a definir la preclusión al decir que “Transcurrido el término señalado para la realización de un acto procesal de parte, se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate”²²

²¹ SAMANES ARA, C: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” (Varios autores). Ed. Aranzadi. 2001. Volumen II. Pg. 1676.

²² El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define la preclusión como “Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella”.

2. NOTIFICACIONES

La disciplina de las notificaciones al rebelde se contiene en el art 441 ACPC:

*“1. La resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por cédula si tuviere dirección conocida. En caso contrario, se hará por edictos.
2. En adelante no se llevará a cabo ninguna otra notificación, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso”.*

A la actitud del demandado de no comparecer, rehusando su propia defensa y no aviniéndose a discutir en sede jurisdiccional la pertinencia de la pretensión contenida en la demanda, corresponde la ley procesal con un comportamiento correlativo. Solamente es obligado notificarle, por cédula, la resolución mediante la que se declara su rebeldía procesal, en el caso de que se conozca su domicilio, así como la que pone fin al proceso. Y si no se conoce el domicilio del demandado, se hará por edictos la notificación.

Aunque, en dicho caso de notificación edictal, si con posterioridad se conoce el domicilio del demandado y por ello que puede ser personalmente notificado, se le deberá comunicar la pendencia del proceso. De este modo, se le concede la oportunidad de personarse, aunque sea en un momento tardío y se adquiere la certeza de que su eventual incomparecencia es totalmente voluntaria. Dice el art. 442 ACPC:

“Al demandado rebelde que, por carecer de domicilio conocido o hallarse en ignorado paradero, hubiese sido emplazado mediante edictos, se le comunicará la pendencia del proceso, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes personadas, en cuanto se tenga noticia del lugar en que pueda llevarse a cabo la comunicación”.

Por lo demás, deberá continuar el proceso por sus trámites, sin que deba practicarse al demandado rebelde ninguna otra notificación, con la única excepción de la resolución que ponga fin al proceso. La importancia de esta última notificación radica en que el conocimiento de esta resolución le permite, si le es contraria, la interposición de recurso de apelación para intentar en la segunda instancia la obtención de una decisión judicial favorable.

Se ha sostenido que, pese a la clara dicción legal, algunas resoluciones o actos de la parte contraria si deberían ser notificados al demandado rebelde, como puede ser la introducción de alegaciones complementarias en la demanda (art. 429 ACPC), o la alegación en la fase final del proceso de hechos nuevos o de nueva noticia (art. ACPC), en la medida en que son susceptibles de introducir en el objeto del proceso modificaciones que ignoraba el demandado cuando decidió no personarse.

La falta de notificación de las resoluciones posteriores a la declaración de rebeldía, que se ordena respecto del demandado que ha decidido no personarse en el procedimiento y desarrollar en el mismo una oposición activa a las peticiones de la demanda, no implica que no deba ser citado personalmente para la práctica de su interrogatorio en el marco de la actividad probatoria.

3. COMPARECENCIA DEL REBELDE

La declaración de rebeldía procesal no impide que el demandado se persone en cualquier momento en el procedimiento. Con arreglo a art. 443.1 ACPC:

“El rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que éste se encuentre, sin que se pueda retroceder en las actuaciones”.

El demandado es emplazado para que pueda personarse en el procedimiento y defenderse de las pretensiones del actor. Pero no debe olvidarse que dicha defensa debe, en su caso, realizarse en momentos precisos del proceso. En primer lugar, contestando a la demanda, para rebatir las afirmaciones de hecho y de derecho contenidas en la misma y pedir su absolución, sin perjuicio de que también se opongan excepciones estrictamente procesales. Posteriormente, en la fase probatoria, para acreditar la veracidad de sus afirmaciones.

Pero lo que no es posible es que el demandado que ha decidido comparecer tardíamente pueda desarrollar cualquier actividad procesal correspondiente a un momento anterior y que, por lo tanto, ya ha sido efectuada en el proceso. En consecuencia, puede comparecer cuando a bien lo tenga, pero no es posible la retroacción de las actuaciones, en virtud del principio de preclusión de los actos procesales a que antes nos hemos referido.

Como ya se ha dicho, la rebeldía procesal correcta, o bien declarada, es aquella que es consecuencia de la voluntaria falta de personación del demandado, pese a haber sido emplazado en legal forma.

Cabe la posibilidad de que la ausencia del proceso no haya sido voluntaria. Es el supuesto contemplado en el art. 443.2 ACPC:

“Cuando el demandado hubiera permanecido involuntariamente en rebeldía durante todo el proceso, podrá obtener audiencia contra la sentencia condenatoria, en los plazos y en la forma prevista en el Título Cuarto del Libro V de este Código”.

Para que puede obtenerse la audiencia una vez dictada sentencia, se requiere que la misma sea condenatoria, lo que es lógico, pues una sentencia absolutoria no causa ningún perjuicio al demandado que no se personó, por mas que hubiera sido improcedente la declaración de rebeldía del mismo. Y debe obtener una decisión favorable en el recurso de audiencia al rebelde, regulado en los arts. 736 al 742 ACPC, entre los recursos devolutivos.

Esta posibilidad de la llamada audiencia al rebelde es un medio impugnatorio excepcional, pues debe acreditarse fuerza mayor o desconocimiento del proceso. Pero no impide, como ya se dijo, que el declarado rebelde pueda interponer recurso ordinario de apelación contra la sentencia condenatoria, precisamente por la posibilidad que tiene de comparecer en cualquier momento del proceso.

V. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

A. CONCEPTO Y CARACTERES

La audiencia preliminar es una importante innovación que el nuevo ACPC introduce en el más importante de los procesos civiles. A la misma se refiere el apartado 10 de la Exposición de Motivos con las siguientes palabras, ofreciendo una visión general de la misma:

“Especial relevancia tiene la audiencia preliminar en la que, en un único trámite y en presencia del juez, que inevitablemente debe haber efectuado un estudio previo de la demanda y de la contestación, se propiciará la conciliación entre las partes, lo que implica una actividad del juez que, sin violentar a las partes o imponerles criterios de acuerdo, no puede limitarse a una actividad pasiva. La exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial obliga a la introducción de esta audiencia preliminar, en la que se resuelvan las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el asunto litigioso y cualquier otro tipo de resolución que ponga fin al proceso sin resolver sobre su objeto, tras costosos esfuerzos baldíos de las partes y del tribunal. A continuación, de no lograrse la conciliación, el juez, y no solamente las partes, identificará los puntos controvertidos con el fin de delimitar el objeto del proceso y el contenido de la prueba, eliminando así todo aquello superfluo y que sólo contribuiría a dilatar el enjuiciamiento. Sólo así se podrá decidir, en la última fase de la audiencia, sobre la pertinencia o impertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes”.

Con arreglo a art. 444 ACPC:

“Contestada la demanda y, en su caso la reconvenición, o declarada la rebeldía, el juez convocará a las partes a una audiencia preliminar, señalando día y hora, que se habrá de celebrar en un plazo no mayor de veinte días contados desde la convocatoria judicial”.

La nueva regulación implanta un modelo de proceso en el que el juez ha de tomar contacto con los autos desde el principio y las partes asumir sus responsabilidades procesales con seriedad. El nuevo trámite es incompatible con una actuación rutinaria del juez o de los defensores de las partes y sólo el desinterés de unos y otros y la permisividad con las corruptelas o desviaciones procesales que puedan surgir podrán hacer que fracase, lo que con probabilidad acarrearía el fracaso del proceso todo. Es evidente que se impone un cambio de mentalidad y comportamiento de los sujetos procesales. La nueva normativa concede a esta audiencia una importancia que destaca su completa y profunda regulación, con la finalidad de que no se falsee esa fase del proceso y se la desvirtúe y vacíe de contenido.

Nos referiremos en primer lugar a su objeto y caracteres²³.

La audiencia preliminar tiene por objeto:

1.º) Plantear y resolver inicialmente todas las cuestiones procesales, con lo que la audiencia sirve, bien para terminar el proceso, si los defectos procesales son insubsanables, bien para que el proceso continúe habiendo quedado «sanados» los defectos subsanables.

2.º) Delimitar el ámbito del proceso, es decir, dejar determinado cuál es el objeto del proceso fijado por el actor, cuál es el objeto del debate suscitado por el demandado y sobre qué debe versar la prueba, y con ello se evitan actos procesales innecesarios.

En cuanto a sus principales características:

1.º) La audiencia se realiza después de la contestación a la demanda. Con este criterio, desde una fase temprana del proceso se dejan resueltos todos los problemas procesales, se determina el objeto del proceso y del debate y se fijan los puntos sobre los que versará la prueba.

2.º) Es necesaria, debiendo el tribunal convocarla en todo caso. Solamente su configuración como un trámite obligatorio posibilita la verdadera eficacia del trámite.

3.º) Es un acto oral y con inmediación.

4.º) Es un acto público, sujeto al principio general de la publicidad del art. 19 ACPC.

5.º) Es necesaria la presencia personal de las partes. Así resulta del contenido del art. 445 ACPC. Aunque el mismo deja la observancia a criterio del juez, al permitir la comparecencia mediante representante legal cuando se aprecie “motivo fundado”. Del grado de exigencia en la aplicación de esta excepción dependerá que la presencia personal sea en la práctica la norma o acabe siendo la excepción. Y en el caso de comparecencia mediante representante legal, éste ha de tener poder suficiente para conciliar, renunciar, allanarse o transigir.

A la finalidad de la audiencia preliminar se refiere con cierto detalle el art 447 ACPC:

²³ MONTERO AROCA, J: obra citada. Pgs. 225-226.

“La audiencia preliminar servirá, por este orden, para intentar la conciliación de las partes evitando la continuación innecesaria del proceso; para permitir el saneamiento de los defectos procesales denunciados en la contestación a la demanda o a la reconvencción; para fijar con precisión la pretensión y la oposición, así como los términos de su debate; y para proponer y admitir la prueba de que intenten valerse las partes en la audiencia probatoria”.

B. CONTENIDO Y DESARROLLO

Como a continuación veremos, la audiencia preliminar cumple, por este orden, varias funciones: evitadora del debate procesal, sanadora de defectos, delimitadora de los términos del proceso y de proposición de prueba.

1. INCOMPARECENCIA

La comparecencia de las partes a la audiencia preliminar tiene carácter obligatorio, en el sentido de que la incomparecencia de alguna de ellas, o de ambas, acarrea consecuencias negativas en el ámbito procesal. Y téngase en cuenta que la incomparecencia tanto puede resultar de la ausencia física de la parte o su representante legal como, por ejemplo, de la presencia que no se ajuste a las prescripciones legales.

Con arreglo al art. 445 ACPC:

“1. Las partes deberán comparecer a la audiencia preliminar personalmente, asistidas de profesionales del derecho. Salvo motivo fundado, a juicio del tribunal, que justifique la comparecencia por medio de representante legal, pero en este caso deberá tener poder suficiente para conciliar, renunciar, allanarse o transigir. En otro caso se les tendrá por no comparecidas.

2. Si por razones de fuerza mayor, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez”. Las causas generales de suspensión de las audiencias se enumeran en el art. 177 ACPC.

Las partes han de acudir a la audiencia previa y esta comparecencia ha de ser personal. En principio, no es suficiente que los litigantes no comparezcan personalmente, sino mediante representante legal, pues la norma exige expresamente la presencia personal de los litigantes y configura la que tiene lugar por representante legal como una excepción a la que debe ser la regla y el normal comportamiento procesal. Así lo indica el que solamente la existencia de un “motivo fundado” pueda dar lugar a que sea suficiente la presencia del legal representante. Claro es que la imprecisión acerca de qué debe entenderse por motivo fundado introduce un elemento de inseguridad acerca de cuál será en la práctica el cumplimiento de la norma, puesto que puede suceder que una

apreciación judicial excesivamente flexible acerca de cuándo se entiende que existe el motivo fundado puede dar lugar a la corrupción de la norma y a que se vacíe de contenido el requisito de comparecencia personal.

La razón de esta exigencia es que, teniendo en cuenta que en la audiencia preliminar puede llegarse a un acuerdo sobre el objeto del proceso, mediante la conciliación, o incluso al allanamiento o desistimiento parcial al concretar los términos del debate, es necesaria la presencia de quien ejerce la acción en relación con el derecho sobre el que se va a proyectar el acuerdo, el desistimiento o el allanamiento. Y si concurre motivo para ello y comparece en nombre de la parte un representante legal, éste deberá hacerlo con poder suficiente para conciliar, renunciar, allanarse y transigir, esto es, para disponer sobre el objeto del proceso.

Es tal la importancia de que, en defecto de comparecencia personal de la parte, el representante legal tenga poder suficiente en los términos que acabamos de indicar, que la insuficiencia del apoderamiento dará lugar a que se tenga por incomparecido al correspondiente litigante, con las graves consecuencias a que la incomparecencia da lugar.

Podría decirse que la norma solamente tiene sentido en aquellos casos en que se plantee realmente la posibilidad de conciliación, desistimiento, allanamiento o transacción, pero no cuando las posturas son irreconciliables e inevitable la audiencia probatoria y la sentencia que ponga fin al debate. Sin embargo, debe rechazarse esta matización o aplicación flexible de la norma, pues si así se aplicara se estaría dando el primer paso para vaciar de contenido a tan importante fase del procedimiento, pues con toda probabilidad se generalizaría la corruptela consistente en que las partes acudieran representadas y el apoderado no tuviera poder suficiente, bastando con que al comienzo de la audiencia manifestaran los representantes que no hay posibilidad de acuerdo. Se convertiría así en superfluo un trámite en el que se han depositado grandes esperanzas de transformación del procedimiento civil.

Solamente se admite que la incomparecencia de la parte no surta consecuencias cuando se deba a motivos de fuerza mayor, que deberán acreditarse, en cuyo caso se suspenderá por una sola vez, con lo que una segunda ausencia en el mismo proceso dará lugar a la aplicación del art. 446 ACPC:

“1. Cuando a la audiencia preliminar dejen de concurrir ambas partes o sus respectivos apoderados, el juez pondrá fin al proceso sin más trámite.

2. Lo mismo hará el juez cuando no asista el demandante o su apoderado, y el demandado no muestre interés legítimo en la prosecución del proceso.

3. Cuando dejare de comparecer el demandado o el profesional del derecho que le defiende y represente, o cuando ante la inasistencia del demandante aquél mostrare interés legítimo en la prosecución del proceso, el juez ordenará la continuación del mismo, siguiéndose la tramitación en lo que resulte procedente”.

Por lo tanto, las consecuencias de la incomparecencia son las siguientes, según los casos:

1º Si no comparece ninguna de las partes, personalmente o por representante legal (si media motivo fundado), se acuerda la finalización del proceso.

2º Si no comparece una de las partes, las consecuencias pueden ser diferentes, según quien sea el incomparecido:

a: si es la parte demandante la incomparecida, se termina el proceso, si el demandado no muestra interés legítimo en la continuación, que seguirá si concurre dicho interés, que ha de ser legítimo y justificado; este interés legítimo puede consistir, por ejemplo, en que si continúa el proceso se dictará una sentencia sobre el fondo, mientras que el sobreseimiento no impedirá que el demandante interponga nuevamente la demanda;

b: si no acude la parte demandada, continúa el proceso.

Se ha criticado como excesiva la consecuencia de finalización del proceso ante la incomparecencia de ambas partes, o de demandante. Y se ha dicho que sería preferible que la consecuencia legal de la falta de asistencia hubiera sido la preclusión del acto y el paso del procedimiento a la fase siguiente que, al no haberse cumplido la finalidad de la audiencia y no haberse propuesto prueba alguna, sería la de que el juez dictara sentencia a la vista de los escritos de las partes y de los documentos e informes anexados a los escrito de demanda y contestación²⁴.

Tal vez no sea acertada esta crítica, pues la continuación del proceso obliga a dictar sentencia sin que previamente se haya procedido, ya no a la depuración de las deficiencias procesales, en cuyo caso el juez dictará la sentencia teniendo en cuenta la persistencia de las mismas, sino a la muy necesaria en ocasiones fijación precisa de los términos del debate.

²⁴ En este sentido, TAPIA FERNÁNDEZ, I. Obra citada, pg. 1392. También FAIRÈN GUILLEN, V.: “La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Pgs. 61-62. ARAGONESES MARTÍNEZ: “Los procesos declarativos ordinarios”. Madrid 2000. Pg. 77.

La resolución que, cuando no comparece ninguna de las partes o no lo hace el demandante, pone fin al proceso, debe revestir la forma de auto (art. 193.2.b ACPC).

2. CONCILIACIÓN

Dispone el art. 448 ACPC:

“1. Abierta la audiencia preliminar el juez instará a las partes a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida en el proceso, advirtiéndoles de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles.

2. Asimismo, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia, podrá proponer alguna solución al conflicto o fórmulas de arreglo entre las partes.

3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato ni aceptasen la propuesta del juez, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes.

4. Si el acuerdo alcanzado fuera parcial, se ordenará lo procedente, continuando la audiencia preliminar”.

La conciliación o, mejor dicho, el intento de conciliación, cumple la finalidad de procurar evitar la continuación del proceso y, por lo tanto, la fase del mismo en que se evidencia el enfrentamiento de las partes en sus posiciones jurídicas, como es la que corresponde a la práctica de la prueba y a las alegaciones finales.

Se procura que las partes alcancen un acuerdo en la audiencia misma, con lo que se estará ante una conciliación intra-procesal que puede acabar o no en avenencia.

La función del juez dista de ser la meramente pasiva de limitarse a preguntar a las partes si llegan a un acuerdo, o si es posible la conciliación. Debe adoptar una posición activa, pues no en balde dice el precepto que “instará” a las partes a llegar a un acuerdo.

En este momento, el juzgador debe mantener un delicado equilibrio. Por un lado, tiene que exhortar y promover la conciliación. Por el otro, debe informar a las partes de sus derechos y obligaciones, que es tanto como evitar que se llegue a un acuerdo desigual o lesivo para alguna de las partes. Incluso, sin llegar a prejuzgar el sentido de la sentencia (pese a que puede tener formada al respecto una determinada opinión, a expensas del resultado de la prueba) sugiere la ley que proponga soluciones, esto es, los términos concretos de un eventual acuerdo.

Y siempre tiene que mantener la posición y actitud imparcial propia de su función, evitando que sus consejos o propuestas constituyan cualquier género de coacción a las partes, situación que debe evitarse y a la que, por ejemplo, puede llegar si sugiere y además insiste al reticente a la conciliación que existen probabilidades de que resulte peor parado si continúa el juicio y llega a recaer sentencia.

Si se llega a un acuerdo, creemos que deberá procederse a su homologación judicial, para que la transacción alcance rango ejecutivo (art. 486 ACPC).

Si las partes no concilian, o llegan a un acuerdo parcial, debe proseguir la audiencia preliminar sobre los extremos en que persiste la discusión.

3. EXAMEN DE DEFECTOS PROCESALES

Una vez descartada la conciliación se procede al análisis de los defectos procesales de que adolezcan los escritos de demanda y de contestación, o las propias partes. Aunque se detallan diversos supuestos de defectos y la forma de su remedio o, en su defecto, la decisión que debe adoptarse en cada caso, el art. 449 ACPC enumera las deficiencias que pueden ponerse de manifiesto en la audiencia previa:

“1. La audiencia continuará con el examen de cualesquiera defectos procesales alegados por las partes en cuanto supongan un obstáculo a la válida continuación del proceso y a su finalización mediante resolución de fondo, incluidos los referidos a la falta de capacidad, representación y postulación, indebida acumulación de pretensiones, falta de litisconsorcio, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda o la contestación, litispendencia y cosa juzgada, inadecuación del procedimiento o compromiso arbitral.

2. El demandante y el reconviniente podrán poner de manifiesto en la audiencia los defectos procesales de capacidad, representación y postulación que se observen en la contestación a la demanda o en la contestación a la reconvenición, pero no se le admitirá ningún otro”.

La puesta de manifiesto y el intento de subsanación o remedio de las deficiencias procesales tiende a clarificar los aspectos procesales que puedan ser o parecer oscuros. Como veremos, si se subsanan las deficiencias, el juicio continúa sin las mismas. Y si persisten, la decisión judicial sobre la cuestión recae antes de que continúe el proceso. Se evita así que, tras el a veces denodado esfuerzo probatorio, finalice el juicio mediante una sentencia que no entra a examinar los aspectos materiales del pleito, precisamente por la existencia de obstáculos procesales, lo que pondría de manifiesto la esterilidad de dicho esfuerzo.

“Sanear” el proceso puede entenderse en un doble sentido: 1) Unas veces se tratará de terminar el proceso, impidiendo su entera tramitación, cuando se sabe que no puede conducir a una sentencia de fondo, y 2) Otras veces se resolverán las cuestiones procesales para que, tramitado después el proceso, no exista ya la posibilidad de una sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia. Estamos, pues, ante los presupuestos y requisitos procesales, y el control de la concurrencia de los mismos ha de efectuarse por el orden previsto en la ley²⁵.

a. INSUBSANABLES

La comprobación de la existencia de defectos procesales que sean insubsanables, es decir, que no tengan remedio y sin cuya sanación no puede continuar el proceso, aboca irremediamente a la finalización del mismo.

Así lo establece el primer inciso del art 450 ACPC:

“Cuando el defecto procesal examinado y apreciado por el juez resulte del todo insubsanable se ordenará el sobreseimiento y archivo de las actuaciones”.

La terminación del proceso en tan temprana fase impide el examen judicial de las pretensiones contenidas en la demanda. Por tal motivo, no se llega a producir la cosa juzgada y, en consecuencia, puede reproducirse la discusión en otro procedimiento, siempre que no lo impide la concurrencia de deficiencias insubsanables.

Puesto que pone fin al proceso, el acuerdo de sobreseimiento debe adoptar la forma de auto (art. 193.2.b ACPC).

1) LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA

La litispendencia y la cosa juzgada impiden que se sigan simultáneamente dos procesos sobre el mismo objeto y entre los mismos sujetos y con igual causa de pedir (litispendencia) y que se litigue cuando ya ha recaído sentencia firme sobre la misma cuestión, concurriendo las identidades ya indicadas. Su regulación positiva se encuentra en el art. 210 ACPC.

La finalidad es evitar la existencia de sentencias contradictorias y la inseguridad jurídica que ello puede generar. Se excluye la existencia de dos procesos sobre el mismo objeto y entre los mismos contendientes.

²⁵ MONTERO AROCA, J. Obra citada. Pg. 231.

Y ha de tenerse muy en cuenta que a los efectos de litispendencia y cosa juzgada puede ser que se aprecie su concurrencia aun en el caso de que en el segundo proceso se aduzcan hechos y razones jurídicas diferentes a las alegados en un litigio anterior, bastando para ello que hubieran podido alegarse en éste, lo que amplía el ámbito de estas excepciones y persigue la reducción de litigios, forzando la reducción a uno solo de las cuestiones que, en otro caso, podrían ventilarse en varios.

Dice el art. 455 ACPC:

“1. Cuando se hubiere denunciado la litispendencia o la cosa juzgada, o este defecto fuera apreciado de oficio por el juez, se pondrá fin al proceso en el acto con archivo de las actuaciones.

2. No obstante, si el caso entrañara especial dificultad el juez podrá resolver la cuestión en los cinco días posteriores a la audiencia, que proseguirá para cumplir las restantes finalidades”.

Ambas excepciones pueden ser apreciadas de oficio.

La concurrencia de alguna de ellas provoca la terminación del proceso en el acto, a no ser que la cuestión entrañara singular dificultad, en cuyo caso podrá demorarse la resolución al respecto cinco días, antes de proseguir con la audiencia.

2) INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La cuantía y la materia sirven para determinar el procedimiento adecuado con arreglo a una serie de normas de obligada observancia, cuya aplicación se controla de oficio (art. 403 ACPC). Con arreglo a las mismas se distribuyen los litigios por el cauce procesal que ley define como adecuado en cada caso. Sobre todo, dichas normas sirven para distinguir entre proceso ordinario y abreviado.

El control de la adecuación del procedimiento puede realizarse de oficio. El art. 403.1 ACPC dice que las normas sobre la clase de proceso por el que habrá de sustanciarse una pretensión tienen carácter imperativo y podrán ser apreciadas de oficio por el juez, que si considera que el proceso determinado por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, dará al asunto la tramitación que corresponda.

Puede también efectuarse a instancia del demandado, que opondrá la excepción correspondiente en la contestación a la demanda, en cuyo caso se debatirá de forma contradictoria en la audiencia preliminar.

Con arreglo al art. 456:

“Cuando se hubiere denunciado error en la vía procesal que se estuviere siguiendo por discrepancia en la naturaleza de la pretensión, en el valor de la misma o en la forma de calcularlo, se oirá a ambas partes. El juez resolverá en el acto lo que proceda, y si hubiera de seguirse el procedimiento abreviado citará a las partes a la audiencia del mismo”. Es una regulación coherente con el art. 404.2 ACPC.

La decisión judicial puede consistir, simplemente, en rechazar la excepción. En el caso de que sea el abreviado el proceso adecuado, la solución que se adopta consiste, simplemente, en citar a las partes a la audiencia por la que discurre la actividad procesal fundamental en dicho tipo de proceso.

3) COMPROMISO ARBITRAL

El arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos al margen de la jurisdicción. La decisión la adopta un tercero a los contendientes, que se caracteriza por haber sido designado por éstos, con el grado importante de confianza en el decisor que ello implica.

El art. 36 de la Ley de Conciliación y Arbitraje excluye la competencia jurisdiccional cuando media un convenio arbitral y el art. 41 de la misma norma dispone el tribunal ante el que se plantee una controversia sometida a convenio arbitral debe inhibirse de conocer del caso cuando se lo solicite la parte judicialmente demandada; en tal supuesto, dicha parte puede oponer la excepción de arbitraje que habrá de ser resuelta de plano y sin lugar a recurso alguno contra la decisión.

La existencia de previo convenio arbitral y la exclusión de la intervención de los tribunales de justicia comporta que, si el tribunal aprecia por ello la falta de jurisdicción, deberá dar fin al proceso, sin perjuicio del derecho de las partes de acudir al tribunal arbitral.

Así lo dispone el art. 457 ACPC:

“Cuando se hubiere denunciado la falta de jurisdicción por existir el compromiso válido de someter el litigio a la decisión de árbitros, se pondrá fin al proceso con sobreseimiento y archivo de las actuaciones, reservando a las partes su derecho para acudir a la decisión arbitral”.

b. SUBSANABLES

La posición de la norma ante los defectos susceptibles de remedio es procurar la sanación de las deficiencias, dando lugar a las partes a dicha

subsanción. Se procura así la continuación del proceso y que la decisión judicial que se adopte al final del mismo sea de fondo y deje definitivamente resuelta en sede judicial la divergencia existente entre los litigantes.

Aunque en los preceptos que le siguen se detalla la manera en que debe actuarse ante cada una de las diversas deficiencias, el inciso segundo del art. 450 ACPC sienta el principio general de facilitar la subsanción de los defectos, procurando así la continuación del juicio:

“Si el defecto fuera subsanable se concederá a la parte un plazo no superior a diez días para que lo subsane, transcurrido el cual sin haberlo hecho, se ordenará el sobreseimiento y archivo de las actuaciones”.

Se concede a la parte a la que es reprochable el defecto, o que adolece del mismo, la ocasión de subsanarlo. Es el juez quien decide el plazo de subsanción, que no puede ser superior a diez días. Y si no se aprovecha la oportunidad y no se remedia la deficiencia, la consecuencia es el sobreseimiento y archivo del procedimiento.

En los artículos siguientes se detallan las diversas deficiencias que son susceptibles de impedir el avance del proceso. Como se verá, coincide el planteamiento en líneas generales: en primer lugar se otorga la oportunidad de subsanción y si no se remedia el defecto se adopta la resolución que es procedente en cada caso.

No es en la disciplina de la audiencia previa donde se examinan las cuestiones relativas a falta de jurisdicción, o de competencia objetiva o territorial. Tales deficiencias tienen su específico control procesal mediante la declinatoria (arts. 26.2, 31.5, 41 ACPC) regulada en los artículos 44 y siguientes del ACPC, que debe plantearse en los cinco primeros días de que dispone el demandado para contestar a la demanda (art. 45 ACPC).

1) CAPACIDAD, REPRESENTACIÓN, POSTULACIÓN

Con arreglo al art. 451 ACPC:

“1. Si los defectos denunciados y examinados se refirieran a la capacidad, representación o postulación y fueran subsanables, el juez otorgará un plazo máximo de diez días para proceder a su debida corrección, suspendiendo a tal efecto la audiencia, salvo que la parte estuviera en disposición de sanarlos en el mismo acto. Subsancados los defectos procesales, se reanudará, o continuará en su caso, la audiencia.

2. Si transcurrido el plazo señalado, el demandante o el reconviniente no hubiera acreditado ante el juez la subsanción de los defectos procesales, se pondrá fin al

proceso con sobreseimiento y archivo de las actuaciones realizadas hasta el momento, sin perjuicio del derecho de la parte a volver a plantear la pretensión si ello resultara posible.

3. Si la subsanación correspondiera al demandado o reconvenido y no se efectuara en el plazo otorgado, el proceso seguirá su curso con la declaración de rebeldía y sin que quede constancia de las actuaciones que hubiere realizado”.

Se ofrece un tratamiento conjunto a todos los defectos atinentes a los presupuestos o requisitos procesales relativos a las partes, así como la postulación mediante profesional que ostente la defensa y representación (arts. 79 y ss. ACPC).

Aunque el art. 451 ACPC habla de “*los defectos denunciados*”, como si solamente a instancia de parte pudiera surtir algún efecto la existencia de deficiencias afectantes a la capacidad, ha de tenerse en cuenta que las deficiencias de capacidad (para ser parte o procesal) y de representación pueden ser apreciadas de oficio en cualquier momento del procedimiento (art 60 ACPC).

Con arreglo al criterio general del art. 450 ACPC, se concede un plazo no superior a diez días para la sanación del defecto.

Si se procede al remedio en el tiempo concedido, continua el procedimiento su tramitación, consistente en examinar la concurrencia de otras deficiencias y proceder con arreglo a la disciplina legal de la audiencia preliminar.

Si no se subsana la deficiencia, las consecuencias son distintas, según cuál sea la posición del afectado por ella:

1. Si es el demandante, se pone fin al proceso. Si el reconviniente, la finalización del proceso debe entenderse referida únicamente a su reclamación contenida en la reconvención, pues deberá continuarse con el examen de la demanda.

2. Si es el demandado o reconvenido quien no subsanó, dice la norma que se procederá a la declaración de rebeldía y continuará el proceso, sin que quede constancia de las actuaciones que hubiera realizado. Nuevamente debe hacerse una precisión respecto del reconvenido, en el sentido de que, siendo a la vez el demandante, solamente respecto de su posición como reconvenido podrá predicarse la rebeldía y la expulsión de las actuaciones de lo que hubiera hecho en tal condición de reconvenido.

No obstante, en la práctica será lo normal que la falta de capacidad, representación o postulación afecte a la parte como tal, sea actor ó demandado, esto es, con independencia de su concreta posición en el proceso.

2) ACUMULACIÓN

La comprobación de si es correcta la acumulación de acciones (regulada en los arts. 66 y siguientes ACPC) que el actor llevó a cabo en su demanda es el paso siguiente a la verificación de las cuestiones de capacidad y representación.

Dispone el art. 452 ACPC:

“Si en la demanda se hubiesen acumulado diversas pretensiones y el demandado se hubiera opuesto motivadamente a esa acumulación, el tribunal, oyendo previamente al demandante, resolverá en la misma audiencia sobre la improcedencia o admisibilidad de la acumulación. La audiencia y el proceso seguirán su curso respecto de la pretensión o pretensiones que, según la resolución judicial, puedan constituir el objeto del proceso”.

El primer control de la acumulación de acciones no es el que tiene lugar en el transcurso de la audiencia preliminar. Recuérdese que hay uno anterior y de oficio en el trámite de admisión de la demanda, ya que el art. 96.4 ACPC prevé la inadmisión de la demanda en los casos de acumulación indebida de acciones.

Cuando la acumulación de acciones se trata en la audiencia preliminar se produce un pequeño debate, por cuanto a la denuncia efectuada en tal sentido por el demandado puede replicar el actor, tras cuya audiencia resuelve el tribunal.

Si se acuerda que la acumulación es indebida, continúa el proceso respecto de las acciones que puedan deducirse en el mismo. Vemos, por lo tanto, que a diferencia de las anteriores deficiencias, la indebida acumulación de acciones no puede dar lugar al sobreseimiento sino, en todo caso, a la marginación del proceso de la indebidamente acumulada y a la continuación respecto de las demás.

En relación con la acumulación indebida, puede plantearse la cuestión de si es posible la detección de oficio de la incorrección de la acumulación en un momento posterior a la audiencia preliminar. El argumento a favor es que si puede llevarse a cabo el control en el momento de la admisión de la demanda (art. 96.4 ACPC), nada debe impedir que se efectúe posteriormente. En contra, que ha sido el legislador el que ha fijado el momento procesal en que cabe el ejercicio de ese control, que no puede realizarse en otro diferente.

3) LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

No es este el momento de tratar en profundidad el litisconsorcio pasivo necesario y la excepción procesal que puede fundarse en su falta. Solamente

cabe recordar su íntima relación con los principios procesales de audiencia y contradicción y con el derecho fundamental a la tutela judicial, ya que nadie puede ser condenado sin ser oído. El litisconsorcio pasivo necesario pretende que, para la válida constitución de la relación jurídico procesal, sean llamados al proceso todos aquellos a los que puede afectar directamente la sentencia que en el mismo recaiga, posibilitando la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte como interesados en la relación jurídica controvertida. En definitiva, es necesario el litisconsorcio cuando es obligado hacer valer la pretensión ejercitada frente a varias personas, bien por establecerlo una norma positiva, bien por imponerlo la naturaleza de la relación jurídica controvertida.

En definitiva, por decirlo con las palabras del art. 69.1 ACPC, se produce el litisconsorcio pasivo necesario cuando la decisión de fondo a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a varias personas consideradas en su conjunto.

Su tratamiento en la audiencia preliminar se contiene en el art. 453 ACPC:

“1. Si el defecto denunciado se refiriera a la falta del debido litisconsorcio, el demandante podrá presentar en la audiencia un escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que no fueron traídos al proceso, en cuyo caso el juez, si estima la falta de litisconsorcio, ordenará emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia.

2. Cuando el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio alegada por el demandado, se señalará audiencia a ambas partes sobre ese extremo. Si el juez estima el defecto, concederá al demandante un plazo de diez días para constituir el litisconsorcio y mandará emplazar a los nuevos demandados, quedando en suspenso la audiencia. Si el actor no presentara la demanda contra los nuevos demandados se pondrá fin al proceso con sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

3. Cuando el caso entrañe una especial dificultad, el juez podrá resolver la cuestión en los cinco días posteriores a la audiencia, que proseguirá para cumplir las restantes finalidades”.

Se facilita la subsanación desde el primer momento, puesto que si el actor aprecia la falta a la vista de la denuncia del demandado, puede aportar a la audiencia los escritos de ampliación subjetiva de la demanda y si el juez aprecia la corrección de la denuncia, se limitará a ordenar el emplazamiento de los demandados, suspendiendo la audiencia hasta que todos puedan comparecer a la misma. Y, en tal caso, en la continuación deberá comenzarse por examinar las deficiencias de que pueda adolecer la capacidad o representación de los nuevos demandados.

Si considera el actor que no se da la deficiencia, se produce un debate contradictorio en la audiencia que en ese momento se señala, en la que deberá resolverse la cuestión, a no ser que sea singularmente dificultosa, en cuyo caso dispondrá el juez de cinco días para acordar lo procedente.

Si se aprecia por el tribunal la falta de litisconsorcio pasivo necesario, la actuación subsiguiente es la que ya conocemos. Se concede un plazo de diez días (extensión fija, no máxima) para ampliar la demanda, en cuyo caso se emplaza a los nuevos demandados, con suspensión de la audiencia.

En el caso de que no se avenga el demandante a la subsanación del defecto, pese a la advertencia judicial, se acuerda el sobreseimiento y archivo del proceso.

4) DEFECTOS EN LA DEMANDA

La verificación de que la demanda se ajusta a las prescripciones del art. 424 tiene lugar de oficio en el trámite de admisión a trámite regulado en el art. 426 ACPC.

Su control en el ámbito de la audiencia preliminar se disciplina en el art. 454 ACPC:

“1. Cuando se hubiere denunciado la existencia de defectos en la demanda o en la reconvencción, o el juez los hubiera apreciado de oficio, pedirá en la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas

2. Si no se dieran las aclaraciones o precisiones, y los defectos no permitiesen determinar con claridad las pretensiones del demandante, el juez dictará auto poniendo fin al proceso y decretando el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. Si los defectos se hubieran apreciado en la reconvencción el juez la excluirá del proceso y no entrará a resolver sobre ella en la sentencia”.

El tratamiento de los defectos de la demanda en el trámite de la audiencia preliminar puede hacerse de oficio o en virtud de la denuncia de la parte demandada. Y si el juez, que no advirtió la deficiencia al admitir la demanda, aprecia ahora su insuficiencia o falta de claridad, requerirá la aclaración o precisión que considere necesarias, para lo que será interesante la opinión de la parte que haga el reproche de confusión u oscuridad de la demanda, en su caso.

Si no se facilitan las aclaraciones requeridas y que se han estimado necesarias, solamente se producen consecuencias negativas para el demandante en el caso de que no sea posible determinar con precisión las pretensiones, en cuyo caso se pondrá fin al proceso o, si es la reconvencción la que adolece de falta de claridad, quedará excluida del proceso la pretensión que se incluyó en ella. En

la práctica, es de esperar que sean excepcionales los casos en que no pueda la parte precisar su pretensión.

En el caso de que, no remediándose la falta de claridad, no se llegue al extremo de quedar indeterminadas las pretensiones, aunque no sea posible el sobreseimiento, se deberá seguir la audiencia. Ahora bien, en el momento de dictar sentencia y al valorar la prueba practicada y confrontarla con el contenido de la demanda y sus peticiones, deberá el tribuna resolver las peticiones pocas claras o imprecisas, aplicando las reglas sobre valoración y carga de la prueba²⁶

4. FIJACIÓN DE LA PRETENSIÓN Y DE LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

Debe entenderse que sólo una vez resueltas las cuestiones procesales, procede la continuación de la audiencia y el desarrollo de su función de fijación de la pretensión y delimitación de los términos del debate.

Con arreglo al art 458 ACPC:

“1. En la audiencia podrá el demandante o reconviniente hacer las precisiones, aclaraciones y concreciones que estime oportunas en relación con las pretensiones deducidas en la demanda o reconvención. En ningún caso podrá alterar o modificar sustancialmente la misma.

2. El demandante podrá, asimismo, añadir pretensiones accesorias a las planteadas en su demanda. Si el demandado se opusiera a esta adición, el juez la admitirá sólo cuando entienda que no supone menoscabo para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.”

No debe olvidarse que, en todo caso, la posibilidad de efectuar precisiones o aclaraciones e incluso de añadir pretensiones accesorias a las contenidas en la demanda no puede activarse en contravención de la regla general de la prohibición de la transformación de la demanda y de la contestación, de modo que en la audiencia previa no cabe alterar lo que actor y demandado fijaron como objeto del proceso y del debate²⁷.

Son posibles modificaciones no sustanciales, que pueden referirse a la aclaración de alegaciones: a instancia de las propias partes, éstas podrán aclarar, rectificar o hacer alegaciones complementarias respecto de los hechos aducidos en sus escritos iniciales y de los fundamentos de derecho.

Lo que en este trámite de aclaraciones y precisiones no se tolera es la

²⁶ TAPIA FERNÁNDEZ, I. Obra citada. Pg. 1437.

²⁷ MONTERO AROCA, J.: Obra citada. Pgs. 238-239.

alteración de aspectos fundamentales de la demanda, ni de la contestación, que puedan suponer la “mutatio libelli”.

Se plantea aquí un problema de límites (qué modificaciones son posibles y cuáles no), que ha de ir referido a los elementos identificadores de la pretensión: se producirá la “mutatio libelli” cuando se altere sustancialmente alguno de los elementos de la acción: los sujetos, el “petitum” o la “causa petendi”. Pero ésta es una regla o criterio general, de principios, que no evita el que deba examinarse caso por caso los diversos supuestos que en la práctica se susciten para decidir en cada uno qué modificaciones no son sustanciales y, por lo tanto, se toleran.

Sí puede decirse que no supone alteración sustancial la variación de los fundamentos de derecho, ni tampoco las modificaciones que constituyen simples ampliaciones o adiciones accesorias y no sustanciales (p. ej., la petición de intereses del principal ya reclamado en la sentencia).

En la ampliación con pretensiones accesorias es fundamental el control que debe ejercer el juez sobre si la modificación es sustancial y lesiva del derecho de defensa de la parte contraria, a lo que hace expresa referencia el art. 458.2 “in fine” ACPC.

El art. 431 ACPC regula el escrito de ampliación de hechos que puede presentar cualquiera de las partes antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, pero si los hechos nuevos ocurren antes de la audiencia previa o si de los hechos se tiene noticia antes de la misma, no deberá presentarse el dicho escrito de ampliación de hechos, sino que unos y otros se alegarán en la audiencia.

Establece el art. 460 ACPC:

“1. Las partes podrán poner de manifiesto en la audiencia cualquier hecho que sea relevante para la fijación de la causa de pedir o para la concreción de los términos del debate, siempre que tales hechos hayan acaecido con posterioridad al momento en que se formularon las alegaciones iniciales o, si hubieran acontecido antes, se hubieran conocido por las partes con posterioridad a dicho momento.

2. Sobre los hechos nuevos o de nuevo conocimiento que el juez considere admisibles se podrá proponer prueba de conformidad con las normas de este Código.

3. La resolución que admitiere o rechazare el hecho nuevo no es susceptible de recurso alguno.”

Se permite, por lo tanto, la introducción en el debate de hechos nuevos.

El legislador pretende que el objeto del proceso quede fijado en la fase inicial, y que a partir de ahí no se pueda modificar. Sin embargo, es consciente de que a lo largo de la tramitación del pleito pudieran ocurrir (o conocer las partes) hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta en el momento de la demanda y la contestación (o la reconvencción y la contestación a ésta) o que, aun producidos antes, no fueron conocidos hasta después de que cada parte presentara los correspondientes escritos. Si estos hechos posteriores pueden tener incidencia en el pleito, cabe su introducción en el procedimiento y, lógicamente, la proposición y admisión de prueba sobre los mismos.

En suma, para que sea posible dicha adición fáctica:

1º Ha de merecer la consideración de hecho nuevo, por haber acaecido o haber sido conocido después de los escritos fundamentales de las partes.

2º Ha de tener verdadera relevancia para el apoyo de las pretensiones de la parte que pretende introducirlo. El juicio sobre la relevancia compete al juzgador.

3º Se ha de acreditar suficientemente que se trata de un hecho nuevo o de nueva noticia.

La decisión que adopte el tribunal respecto de la introducción de hechos nuevos en este momento procesal es irrecurrible.

Una vez fijadas definitivamente y ya de manera inmodificable las pretensiones de las partes, se prevé la fijación de los términos del debate. Así lo establece el art. 459 ACPC:

“Fijadas definitivamente las pretensiones, tanto el demandante como el demandado podrán efectuar cuantas precisiones, aclaraciones y concreciones crean oportunas para establecer la más completa y precisa fijación de los términos del debate. A estos efectos, el juez podrá requerir a las partes cuantas veces lo crea necesario para que aclaren en la audiencia los puntos dudosos u oscuros que contengan las respectivas alegaciones iniciales o las efectuadas en la audiencia conforme a este artículo”.

Se trata de que, una vez depurado el proceso de los obstáculos procesales que pudiera haber, efectuadas por las partes las aclaraciones pertinentes o añadidas pretensiones accesorias y, en su caso, introducidos los nuevos hechos que la ley permite, se concreten cuáles son los hechos y las cuestiones jurídicas en que ambas partes están de acuerdo y cuáles los puntos en que existe discrepancia, pues exclusivamente sobre ellos deberá versar la prueba, pues bien sabido es que no debe probarse aquello en lo que hay conformidad entre las partes, sino los hechos controvertidos (p. ej., art.11.2 ACPC).

Se concreta el objeto de la controversia, que deberá condicionar la proposición y práctica de la prueba y el contenido de la sentencia. Esta delimitación de la discusión es de gran utilidad. No debe excluirse “a priori” la posibilidad de que, tras la depuración del proceso y las precisiones de las partes se advirtiera que no hay discrepancia entre los litigantes, en cuyo caso debería ponerse fin al proceso por falta de objeto, aunque se trata de una posibilidad remota si al inicio de la audiencia no ha sido posible la conciliación, lo que implica la persistencia de las divergencias.

Puede el juez pedir a las partes cuantas aclaraciones necesite a fin de esclarecer los puntos dudosos de sus alegaciones, tanto las de los escritos de demanda y contestación, como las efectuadas en la audiencia previa. Se trata de una manifestación del papel del juzgador en la dirección del proceso, que a la vez abunda en la necesidad de claridad expositiva, que se requiere inicialmente en los escritos de demanda y contestación y, en el caso de que a criterio del tribunal no se hubiera logrado, de suerte que persista alguna oscuridad en el momento de la audiencia previa, debe definitivamente esclarecerse en este momento del proceso.

Una vez fijado los términos del debate, debe abordarse en la audiencia la delimitación de lo que ha de ser objeto de la prueba, los hechos sobre los que ésta ha de versar, que es consecuencia directa de la fijación de los términos del debate que acaba de tener lugar, pues serán los hechos controvertidos los necesitados de prueba (art. 228 ACPC), puesto que los hechos admitidos por las dos partes (los no controvertidos) no sólo no precisan ser probados, sino que los mismos están excluidos de la prueba.

Dispone el art. 462 ACPC:

“Las partes de acuerdo con el tribunal fijarán los hechos sobre los que exista disconformidad, así como los que resulten admitidos por ambas, los que quedarán excluidos de prueba”.

La delimitación de los hechos controvertidos tiene la finalidad de evitar la realización de actos procesales inútiles y, para el caso de que se pusiera de manifiesta la inexistencia de controversia sobre los hechos, permite la finalización del proceso sin audiencia probatoria a que se refiere el art. 464 ACPC.

5. PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN DE PRUEBA Y SEÑALAMIENTO DE LA AUDIENCIA PROBATORIA

Fijados los hechos controvertidos, la audiencia proseguirá con la proposición y admisión de los medios de prueba. Este es el momento en el que las

partes implícitamente piden que el proceso se reciba a prueba y en que el tribunal también implícitamente lo recibe a prueba, para que, a continuación, expresamente cada parte proponga los medios concretos de prueba de que intenta valerse y el tribunal expresamente se pronuncie admitiendo o denegando cada uno de ellos.

La regulación positiva se contiene en el art. 463 ACPC:

“1. Sobre los hechos respecto de los que haya disconformidad se dará la palabra a las partes para que propongan las pruebas que a su derecho convengan.

2. Las partes, por su orden, procederán a comunicar al juez las pruebas de las que intentarán valerse en el acto de la audiencia probatoria, si no lo hubieran hecho en la demanda o en la contestación.

3. Las pruebas admitidas que no puedan practicarse en el acto de la audiencia probatoria deberán realizarse con antelación a su inicio”.

Este es un momento fundamental del proceso, puesto que en el mismo se propone y se acuerda la práctica de las pruebas tendentes a la acreditación de los hechos en que cada parte sustenta su pretensión, de cuya valoración judicial resultará el contenido de la sentencia.

La previsión legal es que las pruebas se practiquen en la audiencia probatoria. Sin embargo, como cabe la posibilidad de que alguna no pueda llevarse a cabo en dicho momento procesal, se prevé su práctica con anterioridad, por lo que dicho óbice de práctica en la audiencia no tendrá el negativo efecto de retrasar la resolución del proceso.

La proposición probatoria ha de tener en cuenta las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba contenidas en el art. 238 ACPC, de conformidad con las cuales a cada parte corresponde la de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, si bien el tribunal ha de tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria de cada litigante.

Creemos que es al tratar la proposición y decisión acerca de la prueba cuando es adecuada la referencia al contenido del art. 461 ACPC, con arreglo al cual:

“1. Las partes podrán aportar en la audiencia preliminar los documentos o informes de peritos que se hayan revelado necesarios a la vista de las alegaciones iniciales de la parte contraria. También podrán presentar los que deriven de las precisiones, aclaraciones y concreciones efectuadas en la propia audiencia. Si el tribunal considerase inadmisibles la aportación, la desestimaré de plano mediante auto.

2. Será irrecurrible la resolución que admitiere o rechazare el documento o informe nuevo, sin perjuicio de su replanteo con la apelación de la sentencia”.

Como vemos, otra posibilidad que permite la audiencia preliminar es la proposición y, si se admite su aportación, práctica de la prueba documental consistente en que las partes presenten documentos o informes periciales que vengán determinados por las alegaciones del contrario.

Recordemos que los documentos básicos de los hechos de la demanda y de la contestación deben acompañarse a los respectivos escritos (arts. 424 y 425 y 433 y 434 ACPC). El precepto que acaba de transcribirse se refiere a los que se revelan de conveniente aportación una vez que cada parte ha formulado alegaciones tendentes a desvirtuar las que a su vez ha hecho la contraria. No deben confundirse estos documentos de posible aportación en la audiencia preliminar con aquellos otros que fundamentan las pretensiones básicas de las partes, que necesariamente deben ser acompañados a la demanda y contestación, por lo que aquellos que tengan este carácter y se acompañe posteriormente deberán ser rechazados.

La inadmisión de los documentos que se intenten presentar en la audiencia previa y no sean de aquellos a los que se refiere el art. 461 ACPC no es susceptible de recurso, aunque se trata de una cuestión que puede plantearse al apelar contra la sentencia que se dicte en su momento.

Aunque la regla general es que la prueba se practique a instancia de las partes, cabe la posibilidad de que, excepcionalmente, la acuerde el tribunal. Pero solamente cuando sea insuficiente la propuesta por las partes para formar la convicción judicial. La prueba así acordada de oficio ha de tener un carácter meramente complementario, sin que deba servir para suplir las deficiencias o la negligencia de las partes, a las que corresponde la autorresponsabilidad probatoria (art. 229 ACPC). Además, la decisión judicial a este respecto está sometida a un breve trámite de audiencia de las partes y puede ser atacada mediante el recurso que pueda interponerse contra la sentencia definitiva (art. 230 ACPC).

Una vez adoptada la decisión sobre la práctica de las pruebas, tanto las que deberán llevarse a cabo en la audiencia probatoria, como la consistente en los documentos pertinentes traídos a la audiencia preliminar, queda por fijar el día en que tendrá lugar la práctica de la prueba.

Dispone a este respecto el art. 465 ACPC:

“1. Admitida la prueba, si se hubiere de celebrar la audiencia para la práctica de las admitidas, se fijará la fecha de comienzo de la misma, que deberá estar

comprendida dentro de los dos meses posteriores a la audiencia preliminar en razón de la dificultad de su preparación, la cual se podrá practicar en una o más audiencias. Sólo se citará personalmente a la parte que no hubiera asistido a la audiencia preliminar, dándose las presentes por enteradas.

2. Las partes comunicarán al tribunal los testigos y peritos que deberán ser citados por la oficina judicial, entendiéndose que los demás asistirán por cuenta de la parte proponente. La citación se practicará con antelación suficiente a la fecha de inicio de la audiencia probatoria.

3. Excepcionalmente las partes indicarán las pruebas que se practicarán mediante auxilio judicial, entregando a tal efecto por escrito las preguntas o cuestiones que deban formularse al testigo o perito.

4. Si antes de dar por finalizada la audiencia preliminar las partes conocieran la existencia de una causa que pudiera motivar la suspensión de la audiencia probatoria en la fecha establecida, lo comunicarán de inmediato, fijándose nuevo señalamiento si se trata de una causa legal y se reputa justificada.”

En consecuencia:

1º El día de celebración de la audiencia probatoria, o de la primera de sus sesiones, debe estar comprendido en los dos meses a la fecha de su fijación o señalamiento. Se pone de manifiesto la finalidad del legislador de que el proceso dure lo menos posible. Pero no quiere decirse que el los dos meses es el término en que en todo caso debe fijarse la audiencia. Se trata de un plazo máximo, que deberá tenerse en cuenta en función de la mayor o menor dificultad de la prueba, por lo que si la prueba no lo requiere, no debe agotarse, sino que debe señalarse la celebración de la audiencia probatoria en el día más próximo que sea compatible con la práctica de la prueba.

2º Puede llevarse a cabo en varias sesiones, si no es posible la práctica en una de la totalidad de la prueba.

3º No es necesaria la citación expresa de la partes, pues lo normal es que estén presentes, en cuyo caso se las tendrá por enteradas. Solamente se practicará la citación con la que no hubiera acudido a la audiencia, que en principio será el demandado, pues la inasistencia del actor da lugar a la terminación del proceso (art. 446 ACPC).

Puede plantearse el problema de si en el caso de que la parte no haya acudido personalmente, sino representada debidamente y lo haya permitido el juez (art. 445.1 ACPC), deberá practicarse la citación personalmente al litigante o será suficiente que se de por enterado su apoderado.

4º Cada parte deberá indicar qué testigos y peritos deben ser citados por el tribunal, entendiéndose en otro caso que se encargará aquella de su comparecencia el día de la audiencia.

5º Deberán también indicar las pruebas cuya práctica requerirá el auxilio judicial, entregando por escrito las preguntas a realizar.

6º Sólo podrá suspenderse la audiencia y efectuarse nuevo señalamiento si media causa legal, que se considere acreditada, si se comunica inmediatamente al tribunal. Causas legales de suspensión de la audiencia son las enumeradas en el art. 177 ACPC.

6. INNECESARIEDAD DE LA AUDIENCIA PROBATORIA

Puede darse el caso de que se muestre innecesaria la audiencia probatoria. Así lo regula el art. 464 ACPC:

“1. Si hubiese conformidad sobre todos los hechos, y el proceso hubiere quedado reducido a una cuestión de derecho, se pondrá fin a la audiencia preliminar, oyendo previamente el juez a las partes sobre la cuestión controvertida y se abrirá el plazo para dictar sentencia.

2. También se pondrá fin a la audiencia preliminar cuando toda la prueba que se deba practicar resulte ser sólo la documental que se hubiera aportado al procedimiento. En tal caso el juez pasará a dictar la sentencia en el plazo legalmente fijado, inmediatamente después de que concluya la audiencia preliminar, o una vez se hayan aportado los documentos admitidos que no obren en poder de la parte.

3. Lo propio se hará cuando se admitiera solamente la prueba de interrogatorio de parte y se hallare presente en la audiencia preliminar quien deba prestar declaración, u otro medio de prueba que pueda practicarse en el acto”.

Por lo tanto, dos son los motivos que hacen que devenga innecesaria la audiencia probatoria y que pueda dictarse sentencia sin su previa celebración:

1. En primer lugar, cuando existe conformidad en los hechos. Si la prueba es para la acreditación de los hechos en que las partes discrepan, no deberá practicarse ninguna cuando no hay tal discrepancia.

2. También por razones de economía procesal, cuando no sea necesario dilatar más en el tiempo la progresión del procedimiento. Así es cuando la única

prueba es la documental y se han unido al procedimiento los documentos en que consiste. También cuando se pida solamente el interrogatorio de la parte que se encuentre presente o, con carácter general, cuando se trate de alguna otra prueba que pueda practicarse en el acto.

No se trata, en este segundo supuesto, de que no se practique prueba, sino de que puede llevarse a cabo en el mismo acto. Y, puesto que se ha practicado prueba, debe entenderse que antes de finalizar la audiencia debe concederse la palabra a las partes para la valoración del resultado de la prueba, en el trámite de alegatos finales a que se refiere el art. 473 ACPC.

A continuación, se pone fin a la audiencia y queda el proceso pendiente de sentencia, que deberá dictar el juez en el plazo de diez días (art. 480 ACPC).

VI. LA AUDIENCIA PROBATORIA

A. OBJETO Y CONTENIDO

La audiencia probatoria es la fase procesal en que se lleva a cabo la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida por el tribunal.

Dispone el art. 466 ACPC:

“1. En el día y hora señalados dará comienzo la audiencia probatoria, que tendrá por objeto la práctica oral y pública de los medios de prueba que se hubieren admitido.

2. La audiencia comenzará con la lectura de la parte de la resolución dictada en la audiencia preliminar en que se fijó el objeto del proceso, los hechos controvertidos, y la prueba admitida, con lo cual el juez declarará abierto el debate”.

Obsérvese que no se prevé que en la audiencia preliminar se dicten otras resoluciones que las que ponen fin al proceso por la persistencia de obstáculos procesales. Parece más bien que debiera darse lectura a la parte final del acta que refleja la admisión de prueba y fija el día en que habrá de celebrarse la audiencia probatoria.

La presencia de las partes personalmente solamente es necesaria cuando una de las pruebas a practicar sea su interrogatorio. En otro caso, es suficiente la presencia del profesional del derecho nombrado para su representación y defensa técnica.

Si no acude a la audiencia el profesional del derecho de alguna de las partes, se tiene a esa por no comparecida y prosigue el trámite, con las desventajas que supone no estar presente en la práctica de la prueba que las partes deben valorar en sus alegatos finales y de cuya valoración dependerá el contenido y sentido de la sentencia. Ésta es la única consecuencia.

Si la ausencia injustificada es de la parte que debía ser interrogada, por haberse así acordado en la audiencia preliminar, la ley faculta al juez para tener por ciertos los hechos objeto del interrogatorio, si bien solamente en lo que perjudique al incomparecido. Si tenemos en cuenta que el interrogatorio será el formulado por el contrario, es evidente que versará el mismo sobre hechos que, en términos generales, pueden ser calificados como perjudiciales para la parte de quien se pretende la declaración y sobre quien se podrá proyectar, como consecuencia de su falta de asistencia, la llamada “ficta confessio”.

Ha de insistirse en que esta conclusión probatoria derivada de la ausencia indebida del litigante a quien se pretendía interrogar es una facultad del juez, no una obligación que se le impone, por lo que el tribunal podrá o no hacer uso de la misma y en ambos casos actuará conforme a la legalidad.

La limitada consecuencia a que puede dar lugar la incomparecencia de las partes y a la que acabamos de referirnos se produce únicamente cuando es una de ellas la ausente. En cambio, si son todos los litigantes los que no acuden a la celebración de la audiencia probatoria, el juez da por terminado el procedimiento. Es una respuesta adecuada a la falta de interés de los propios litigantes. Por otra parte, es difícil concebir la celebración de la audiencia probatoria en ausencia de todas las partes, pues en tal caso nadie podrá formular preguntas a los testigos y peritos.

La regulación positiva se contiene en el art. 469 ACPC:

- “1. Las partes deberán comparecer a la audiencia probatoria personalmente cuando se hubiera acordado su declaración como medio de prueba. Estarán asistidas por sus profesionales del derecho. En caso contrario se les tendrá por no comparecidas. Si se hubiere propuesto la declaración del ausente se podrán tener por ciertos los hechos a que se refiriera el interrogatorio en lo que le sea perjudicial.*
- 2. Cuando dejaran de concurrir ambas partes el juez pondrá fin al proceso sin más trámite.*
- 3. Si asistiere una sola de ellas se procederá a la celebración de la audiencia”.*

La práctica de la prueba que tiene lugar en la audiencia se lleva a cabo con un elevado grado de iniciativa de las partes. En primer lugar, porque tiene lugar la de las pruebas propuestas por cada una de ellas. Y en segundo término porque, salvo en el caso de que el juez considere que es perturbador del derecho de defensa del contrario o de la marcha del proceso, tiene lugar en la forma que desee la parte que la propuso.

Por lo demás, debe ajustarse a los principios de publicidad, concentración e inmediación.

Publicidad: La publicidad de la práctica de la prueba es un principio básico del derecho procesal moderno. Su observancia es especialmente significativa y trascendente en el proceso penal, pero es también una de las bases del proceso civil moderno. La significación de la publicidad no sólo es política, sino técnico-jurídica. Una sentencia basada en elementos que sólo el juzgador conoce podrá ser justa; quienes ignoren lo dicho y hecho ante el juez carecerán de base para apreciarlo y pueden no estimarlo así. Con la publicidad, el acto jurisdiccional

puede a su vez ser juzgado socialmente. Exponiendo su conducta a la crítica, a las partes y sus representantes, les será más difícil actuar en el juicio arbitrariamente. Ver el art. 19 ACPC.

El principio de publicidad tiende a evitar una justicia secreta, que escape al control social, tan importante en un Estado de Derecho. Es un contrasentido que se oculte a los titulares de la soberanía el ejercicio de uno de los Poderes, el Judicial. Todo acto, por el hecho de ser público, alcanza una dimensión de control, de vigilancia y de supervisión de la que carecen los que se realizan privadamente o sin publicidad. Se ha dicho, muy gráficamente, que se ha de hacer justicia viendo como se hace justicia. Véase su proclamación en el art. 17 ACPC.

Concentración: El principio de concentración exige que la totalidad de las pruebas en cuya valoración ha de basarse la decisión judicial se desarrolle ante el tribunal y sin interrupciones. Se trata de conseguir que las pruebas se practiquen dentro de un tiempo que no desnaturalice la posibilidad de juzgar sobre la prueba producida. Se dificultará la valoración judicial de la prueba cuando tenga lugar en un momento distante de la práctica de la actividad probatoria.

Inmediación: La inmediación supone que el tribunal ha de formar su convicción sobre los hechos objeto del juicio, de la que nacerá la sentencia condenatoria o absolutoria, a partir de la valoración de las pruebas practicadas en su presencia, con lo visto y lo oído en el juicio. Tiene una estrecha relación con la oralidad que rige en las pruebas de testigos, peritos y declaración de parte y cuya percepción directa exige la presencia del juzgador en el momento de su práctica. Además, si el juez no se encontrara presente, no podría tomar la decisión correspondiente cuando se planteen las objeciones que contemplan los arts. 470 y 471, ni tampoco resolver sobre la suspensión regulada en el art. 472 ACPC.

Los principios de publicidad e inmediación aparecen también proclamados en el art. 242 ACPC, al regular la prueba.

Dispone a este respecto el art. 467 ACPC:

“1. Las pruebas se practicarán en audiencia pública, salvo las excepciones previstas en este Código, en cuyo caso se adoptarán las medidas necesarias para su adecuada documentación a los efectos oportunos.

2. Asimismo, deberán practicarse concentradamente, salvo que resulte imposible por la naturaleza del medio probatorio.

3. Igualmente toda la prueba se habrá de realizar en presencia judicial en la forma establecida en este Código.

4. Cada parte podrá solicitar la celebración de las pruebas que hubiere propuesto del modo que mejor entienda convenir a sus intereses, a lo que accederá el juez cuando ello no perjudique el desarrollo de la audiencia o menoscabe la intervención de la parte contraria.” Parece existir cierta discordancia entre este precepto y el orden que con carácter en principio imperativo fija el art. 252 ACPC.

B. PRUEBA SEPARADA

Puede ser que, por su propia naturaleza o por las circunstancias concurrentes, alguna prueba no pueda practicarse en la audiencia probatoria (p. ej., enfermedad o imposibilidad de un testigo, previsión de que se encontrará de viaje en el extranjero el día señalado para la audiencia, etc.).

En tal caso, deberá practicarse en otro momento y, a poder ser, antes del día fijado para la audiencia probatoria. A este respecto, el contenido del art. 468 ACPC que regula esta supuesto es coincidente con lo que dispone el art. 463.3 ACPC, que se vio al tratar de la audiencia preliminar.

Establece el art. 468 ACPC:

“1. Cuando la prueba deba realizarse separadamente del acto de la audiencia probatoria, el tribunal anunciará a las partes con la debida antelación el día y la hora en que se practicará. Si, además, debiera realizarse fuera de la sede del tribunal se indicará el lugar. Las partes tendrán derecho a intervenir en la realización de estas pruebas.

2. Cuando la prueba no se pueda practicar en el acto de la audiencia se procurará hacerla, si ello es posible, antes de que se celebre ésta.”

La prueba separada debe diferenciarse de la prueba anticipada, que tiene lugar antes del proceso (arts. 246, 247 ACPC).

C. DISCIPLINA PROCESAL

Al hablar de disciplina procesal nos referimos a la labor de dirección del proceso que debe llevar a cabo el tribunal, no solo en todo momento, sino muy significativamente cuando alguna de las partes formula protesta por el contenido del interrogatorio que realiza la contraria (ver también el art. 301 ACPC) o, simplemente, por el comportamiento de ésta.

Aunque no lo dice expresamente el ACPC al regular el desarrollo de la audiencia probatoria, es claro que las protestas y objeciones de las partes deben

ser resueltas por el tribunal. Y en esa resolución de las objeciones destaca, una vez más, la función de director del proceso que se reserva al juez, que podrá permitir o no que se responda a la pregunta objetada, así como reconvenir a la parte que se comporte sin respeto, o faltando a la lealtad o a la buena fe procesal.

Como a continuación vemos, los arts. 470 y 471 ACPC que se refieren a las objeciones de la parte por los motivos indicados, nada dicen de la intervención del tribunal, aunque es evidente que será quien deba resolver las objeciones planteadas, lo que se enmarca en las funciones propias de dirección del debate que le atribuye el art. 175 ACPC.

“Artículo 470.- Objeciones a las preguntas y respuestas.

1. Las partes podrán plantear objeciones a las preguntas formuladas a los testigos o a los peritos, conforme a lo dispuesto en este Código.

2. Asimismo podrán objetar las respuestas de los testigos o peritos que no se circunscriban a lo que se ha preguntado, o que se realicen con evasivas.

Artículo 471.- Objeciones a la conducta de las partes.

Cualquiera de las partes podrá formular reparos a la conducta de la contraria si se comporta de manera irrespetuosa, o quebranta los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesal.”

D. SUSPENSIÓN

La suspensión de la audiencia para su continuación en otro momento resulta difícilmente compatible con el principio de concentración, con el que está estrechamente relacionado el de continuidad, que consiste en que la audiencia debe llevarse a cabo en una sesión o, de no ser posible, en varias consecutivas, entre las que no deben mediar interrupciones o lapsos de tiempo significativos. Lo contrario dificulta la valoración de la prueba por el tribunal, debido al tiempo que media entre la celebración de las diferentes sesiones y, por ello, entre el momento en que tuvo lugar la práctica de la prueba y aquel en que el juez la valora y plasma su decisión en la sentencia.

Por ello, la suspensión de la audiencia probatoria, una vez iniciada, para continuarla tras el transcurso de un lapso de tiempo, constituye una verdadera excepción a la observancia de los principios de concentración y continuidad, que garantizan con otros los derechos de las partes del proceso.

No obstante lo que acaba de decirse, el art. 472 ACPC contempla la que denomina suspensión de la audiencia probatoria, que más bien responde al concepto de interrupción:

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

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

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

La observancia del principio de concentración no debe llevarse al extremo de lesionar el derecho de defensa de cada parte, lo que sucedería si se le impidiera la práctica de la prueba antes acordada por la incomparecencia de algún testigo o perito.

En tal caso, puede el juez acordar la suspensión, aunque no esté obligado a ello. La resolución que se adopte al respecto, cuando lo pida la parte proponente de la prueba cuya práctica se ha frustrado, dependerá de la ponderación judicial acerca de la suficiencia de las llevadas a cabo. Es decir, si las pruebas ya practicadas son suficientes para la prueba de los hechos a debate, no se accederá a la suspensión, pues habrá devenido irrelevante e innecesaria la que en su momento pareció pertinente y adecuada.

Si se acuerda la suspensión, se hará efectiva cuando se haya practicado el resto de la prueba acordada. Parece aconsejable que se reciba la solicitud de la parte y se oiga a la contraria acerca de la pertinencia de la suspensión una vez que haya terminado la práctica de la prueba posible, pues entonces dispondrá el tribunal de elementos suficientes para valorar la pertinencia de la suspensión, que no será procedente si ya cuenta con suficientes elementos probatorios para decidir sobre los hechos controvertidos.

Se prevé una suspensión de breve duración, pues no podrá exceder de veinte días. Y se excluye una segunda, pues se dice que si no puede practicarse la prueba tras la suspensión tendrá lugar la comparecencia de las partes para la exposición de sus alegatos finales.

VII. ALEGATOS FINALES Y SENTENCIA

A. ALEGATOS FINALES

Con arreglo al art. 473.1 ACPC:

“1. Concluida la práctica de la prueba y antes de poner fin a la audiencia probatoria, se concederá turno de palabra a las partes, por su orden, para efectuar sus alegatos finales”

El proceso comienza y termina con una fase de alegaciones, escritas las primeras y orales las últimas.

En la demanda y la contestación las partes exponen, de acuerdo con su interés y su posición procesal, los hechos en que fundamentan su pretensión, los preceptos y la jurisprudencia en que se apoya la misma, partiendo del supuesto de que se consiga probar la base fáctica, formulan su petición y acompañan los documentos básicos que la respaldan. Sigue una fase de depuración del procedimiento y proposición y admisión de los medios probatorios, y a continuación se procede a la práctica de la prueba, como ya hemos visto.

Pues bien, una vez practicada la prueba y antes de que el tribunal forme su convicción y dicte la sentencia que deje resuelta la controversia jurídica, existe una última fase en que las partes tienen ocasión de valorar ante el tribunal el resultado de la prueba practicada, para intentar convencerle de la verdad y justicia de su posición en el pleito. Esta valoración oral constituye los llamados alegatos finales.

El contenido de los alegatos finales es el que marca el art. 474 ACPC:

“Los alegatos se expondrán de forma oral, para fijar, concretar y adecuar definitivamente tanto los hechos alegados como la petición, a la vista del resultado de la práctica de las pruebas. No se admitirán en ningún caso alegatos que supongan cambio de la pretensión tal y como quedó fijada en la audiencia preliminar, pero sí las precisiones, modificaciones o rectificaciones no esenciales que se razonen como derivadas lógicamente del resultado de la audiencia probatoria”.

El art 473.1 dice que la intervención de las partes será “por su orden”, sin otra precisión, lo que debe entenderse en el sentido de que primero tomará la palabra la parte demandante y a continuación lo hará la demandada, lo que se corresponde con el orden con el que se inició el proceso, que se abrió con la demanda que provocó su apertura y continuó con la contestación. Siguiendo este criterio de forma rígida, podría apuntarse que en el caso de que el demandado

haya formulado reconvenición debería haber un doble turno de intervenciones, cada uno de los cuales debería seguir el orden que corresponde a la posición procesal de cada parte: así, tras los alegatos de demandante y demandado, intervendría nuevamente éste, ahora para defender su pretensión reconvenicional y finalmente el actor reconvenido. Sin embargo, creo que debe haber un solo turno de intervenciones y cada parte deberá en el que le corresponda defender tanto la demanda como la oposición a la reconvenición (el actor reconvenido), como la oposición a la demanda y la reconvenición (el demandado reconviniente). Las razones de ello tienen relación tanto con una elemental economía procesal, como por la conexión que debe existir entre la pretensión inicial y la reconvenición, lo que da lugar a que cada prueba pueda haber versado, conjuntamente, sobre la doble pretensión de cada una de las partes. Por lo tanto, siendo en este sentido difícilmente escindibles las pretensiones de cada parte, parece lógico que se conceda un solo turno de intervenciones, en el que cada litigante deberá ocuparse de argumentar su razón en relación con el resultado de la prueba practicada.

En este momento final del proceso, las partes deben intentar convencer al tribunal de que han sido acreditados los hechos en que basan su posición, por lo que deberán ir fijando éstos en relación con el resultado de la prueba practicada, cuya valoración pretenderá cada una que sea compartida por el juez, para así lograr una sentencia favorable.

Dispone el art 475 ACPC:

- “1. Las partes expondrán sus alegatos relatando de forma clara y ordenada los hechos que consideran probados con indicación de las pruebas que los acreditan. También podrán argumentar sobre la falta o la insuficiencia de prueba de los hechos aducidos por la parte contraria, y los que, a su criterio, resultan inciertos.*
- 2. Las partes podrán referirse también a los fundamentos de derecho que resulten de aplicación de conformidad con el resultado probatorio de la audiencia.*
- 3. Salvo en los casos en que este Código disponga otra cosa, cuando la pretensión sea de condena al pago de una cantidad de dinero se fijarán con precisión las cantidades líquidas que sean finalmente objeto de reclamación.”*

En su intervención no solamente podrá referirse cada litigante a su propia pretensión y a la prueba que la respalde. También puede desvirtuar la del contrario, mostrando las insuficiencias probatorias de que adolezca su postura y la pertinencia de que sea rechazada la pretensión esgrimida por la contraparte.

Es también objeto de estos alegatos la exposición de la conveniencia de que al resultado probatorio sean aplicados los preceptos y criterios jurisprudenciales (fundamentos de derecho) que, proyectados sobre aquel, produzcan la consecuencia del acogimiento de la propia pretensión y rechazo de la contraria.

Con el alegato final pretende cada parte explicar, persuadir y convencer al Tribunal de la justicia de sus peticiones. La estructura es la de un debate dialéctico y contradictorio, con razonamientos que tienen por objeto criticar las tesis o conclusiones del contrario y justificar las propias, con la ayuda de argumentos más o menos sólidos. Se trata de una verdadera discusión sobre la materia u objeto procesal correspondiente.

Cada parte intenta influir, dirigir y moldear el juicio del órgano decisor, con miras a obtener una resolución favorable a sus pretensiones. Además, es lógico y consustancial al derecho de defensa de cada una de las partes.

Debe por lo tanto razonarse acerca de la medida en que el resultado probatorio se ajuste a las conclusiones que formula la parte que interviene. Fundamental es, por lo tanto, exponer la prueba que apoya la propia conclusión fáctica procurando, al hilo de la propia exposición, desvirtuar los apartados correlativos de las conclusiones de las demás partes cuya pretensión es contraria a la de quien está hablando. La intervención debe ser razonada y razonable, intentando transmitir al tribunal la firme convicción en lo acertado de lo que está diciendo, con la finalidad de que llegue a hacer suyas las convicciones jurídicas del informante acerca del juicio sobre el que versa su alegato.

En definitiva, el informe debe ser ordenado, sencillo, claro y lógico

Ha de tenerse muy en cuenta la existencia de un límite infranqueable, que es la proscripción de la “mutatio libelli”. No se permite que se altere la pretensión, tal como fue definitivamente fijada en la audiencia previa. Y si alguna parte intenta infringir dicha prohibición a lo largo de su intervención, puede el juez interrumpir el alegato para que se mantenga en los cauces legalmente establecidos. Y, en todo caso, si en la intervención se llega a intentar modificar la pretensión, el tribunal deberá tener por no efectuado el cambio y no tener en cuenta el mismo al dictar la sentencia.

Para evitar una prolongación excesiva de los alegatos finales, se establece por ley una limitación temporal. Dice el art. 473.2 y 3 ACPC:

“2. El tiempo para efectuar los alegatos no podrá exceder a treinta minutos. Excepcionalmente, si la complejidad del caso lo requiriese, dicho período podrá aumentarse en otros treinta minutos como máximo.

3. Las decisiones judiciales sobre el tiempo de los alegatos no serán recurribles, sin perjuicio de hacer constar la oportuna protesta”.

Se establece un límite temporal salvo, excepcionalmente, cuando la complejidad del caso haga aconsejable una mayor duración, que en todo caso será de igual duración, con lo que nunca los alegatos finales podrán tener más de

una hora de duración. Este es uno de los dos criterios legales cuya finalidad es evitar que el trámite de alegatos finales se prolongue excesiva e innecesariamente, siendo el otro la concesión al juez de amplias facultades de intervención, para llamar la atención del orador sobre las reiteraciones en que incurre, pudiendo llegar al caso de retirarle la palabra, si no atiende aquél a las recomendaciones judiciales.

La opción del legislador por la fijación de un límite temporal es compatible con el ejercicio por el juez de sus funciones directivas del proceso por lo que, a tenor de lo previsto en el art. 175.2º ACPC, no cabe duda de que conserva en el trámite de alegatos finales sus facultades de admonición de la parte que incurre en reiteraciones o inconveniencias, pudiendo retirar la palabra si sus advertencias son desoídas, sin que quepa recurso, sino solamente protesta por este tipo de decisiones judiciales.

Además de las facultades generales de dirección del juez (art 175 ACPC) y de la referente a la fijación y control del tiempo de duración de los alegatos (art. 473 ACPC), el tribunal dispone de amplias posibilidades de intervención, tal como dice el art. 476.1 ACPC:

“1. El tribunal podrá solicitar las aclaraciones que considere pertinentes, durante el curso de los alegatos o a su finalización”.

La previsión de esta facultad del juzgador responde al criterio legislativo de activa participación de aquél a lo largo del proceso, ejercitando las amplias facultades de dirección que la ley le otorga. El juez puede intervenir cuantas veces sea necesario para pedir a las partes las aclaraciones que considere pertinentes. No necesita para ello que se pida su intervención, pues de lo que se trata es de que el juez comprenda perfectamente el contenido de los alegatos y es él quien debe decidir cuándo conviene pedir aclaraciones sobre puntos litigiosos que, en su opinión, no han sido clarificados suficientemente.

B. FINALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA Y NUEVA PRUEBA

La audiencia termina una vez que han intervenido todas las partes, una cada vez para la exposición de sus respectivos alegatos.

Puede suceder que, tras oír la intervención del contrario, alguna de las partes pida la palabra para replicar o precisar algún extremo, no de lo que él dijo, sino de lo alegado por su contendiente. Considero que no debe darse lugar a un turno de réplica, que exigiría la correspondiente dúplica y crearía el riesgo de hacer interminable la audiencia.

Dice el art. 476.2 ACPC:

“Terminados los alegatos finales, el juez levantará la sesión y dará por terminada la audiencia probatoria, comenzando a correr el plazo para dictar la sentencia”.

El momento procesal para la aportación de pruebas ha precluido con anterioridad, por lo que en principio es inadmisibles cualquier prueba una vez finalizada la audiencia, en que sólo queda que el tribunal dicte su sentencia.

No obstante, hay un supuesto excepcional en que se permite la presentación de prueba. Así lo prevé el art. 476.3 ACPC:

“Concluida la audiencia sólo serán admisibles los documentos que, encontrándose en alguno de los supuestos previstos en este Código para su aportación tardía, no hayan podido traerse al proceso con anterioridad”.

La prueba que puede aportarse en ese momento tardío en que ya ha terminado la audiencia ha de consistir en documentos, por lo que no es admisible ninguna otra.

En principio, los que el precepto transcrito denomina “supuestos previstos en este Código para su aportación tardía” nos conduce al art. 287 ACPC, que regula el momento de presentación de los documentos y, tras referirse en sus dos primeros apartados a la presentación con los escritos iniciales y en la audiencia preliminar, prevé en los siguientes la presentación tardía y regula el trámite de admisión. El art. 476.3 ACPC debe ponerse únicamente en relación con la previsión del art. 287.7 ACPC que, tras excluir el apartado 6 la presentación de documentos una vez comenzado el plazo para dictar sentencia, regula una aportación singular.

Establece el art. 287.7 ACPC:

“Se exceptúan de lo dispuesto en el numeral anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha posterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar relevantes para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia. El tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia”.

Se trata de un supuesto excepcional de admisión de prueba documental dentro del plazo para dictar sentencia, cuando ya ha sido practicada la admitida en su día y las partes han formulado sus alegatos finales de valoración de la prueba.

El documento debe reunir los siguientes requisitos:

1. Ha de ser una sentencia o resolución judicial o administrativa.

2. Dictada o notificada en momento posterior a los alegatos finales, pues en otro caso pudo y debió aportarse con anterioridad.

3. Debe tener relevancia para la resolución que debe dictarse. La valoración de la relevancia depende de un juicio de posibilidad, no de certeza, que efectúa el tribunal. Esto es, no es necesario que el juez concluya que el documento que se presenta sea decisivo para la sentencia que debe dictar, pues es posible que todavía no haya formado su convicción definitiva y, por lo tanto, no tiene que conocer el alcance del documento. Es suficiente que entienda que el documento puede ser relevante, aunque no lo llegue a tener en cuenta al dictar la sentencia, una vez valorado a fondo el mismo en relación con la restante prueba practicada. En todo caso, la valoración judicial acerca de la admisibilidad y trascendencia del documento presentado en este tardío estadio procesal deberá hacerse en la sentencia, en que se razonará sobre el grado de relevancia del mismo y su incidencia en la decisión judicial final.

Como ha precluido el trámite de los alegatos finales, no se convoca nuevamente a las partes para la valoración oral del documento presentado. Pero se ofrece la ocasión de que efectúen una valoración por escrito, tanto acerca de la procedencia de su admisión, como sobre la importancia probatoria del mismo.

C. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El ACPC se rige, en materia de valoración de la prueba, por el criterio de valoración libre, o valoración de acuerdo con las llamadas reglas de la sana crítica, que es expresión equivalente a criterios de la lógica o razonamiento humano.

Así se dice expresamente al referirse a las diversas pruebas que pueden practicarse con carácter general en el proceso civil: en el art 247 respecto de la prueba anticipada y, en general, toda la que se lleve a cabo en el proceso; el art. 267 en relación con el interrogatorio; art. 291 sobre los medios de grabación; el art. 292 al referirse a los medios de archivo y reproducción; el art 311 en relación con la prueba de testigos y el art. 335 ACPC al tratar la valoración de los dictámenes periciales.

Al regular la elaboración de la sentencia por el tribunal se establecen determinadas reglas sobre valoración de la prueba, de forma tal vez innecesaria por reiterar lo ya dicho en otros lugares, y tal vez en una ubicación no acertada, pues no han de ser distintas las normas para la elaboración de la sentencia en el proceso ordinario de las que rigen la materia en el proceso abreviado.

Podemos distinguir la regla general, que es la que debe regir la apreciación de las pruebas, y las especiales, que son las que regulan las presunciones.

1. REGLA GENERAL

Es la contenida en el art. 479 ACPC:

“1. El tribunal deberá valorar la prueba conforme al principio de libre valoración, atendiendo siempre a las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humano, así como de acuerdo a las normas que rigen el razonamiento lógico”.

La valoración de la prueba es la actividad intelectual que ha de desplegar el tribunal (unipersonal o colegiado) cuando llega el momento de pronunciarse sobre el fondo del conflicto.

La consecuencia de la actividad valorativa es la exteriorización en la sentencia del camino que se ha seguido para llegar a la conclusión de unos hechos han resultado probados y otros no.

La libre valoración supone, frente a las reglas tasadas, la aplicación de criterios o máximas de la experiencia, o de lo que se conoce por la sana crítica y el razonamiento lógico, a los distintos resultados obtenidos de la actividad probatoria desplegada en el proceso. Valorar la prueba es, pues, determinar justificadamente qué resultados probatorios han alcanzado la finalidad de acreditar al titular del órgano judicial la existencia, realidad o veracidad del hecho alegado por la parte.

Cuando, como es el caso del ACPC, rige el principio de libre valoración de la prueba, el legislador indica al juez, no qué valor ha de otorgar a un resultado obtenido de la práctica de un determinado medio de prueba, sino qué criterios objetivos y lógicos ha de aplicar por sí mismo para determinar el valor de las pruebas practicadas en el proceso. Estos criterios lógicos y objetivos, tradicionalmente conocidos como “reglas de la sana crítica”, no son en realidad sino elementos de la lógica o de la razón que forman parte del acervo cultural de los ciudadanos de cultura básica o elemental, y de los que se hace uso para comprobar si los hechos objeto de la prueba pueden ser considerados o no verosímiles.

Naturalmente, la infracción en estos casos de las reglas de la sana crítica, al no venir las mismas enunciadas en ninguna norma jurídica, es mucho más difícil de controlar y corregir acudiendo a los recursos. Es criterio jurisprudencial que en la resolución de un recurso, el control de la prueba libremente valorada únicamente podrá ejercitarse cuando dicha valoración judicial resulte totalmente absurda, ilógica, arbitraria, incongruente, incompleta o errónea.

Aunque no lo diga expresamente el art. 479 ACPC, la valoración libre de la prueba va de la mano de la valoración conjunta, con arreglo a la cual el tribunal ha de ponderar en su globalidad todos los resultados probatorios obtenidos en el proceso, sin atender al valor libre o tasado que cada uno de ellos ostente aisladamente considerado²⁸.

Es muy importante tener en cuenta que la libre valoración de la prueba no releva al tribunal del deber de motivar la sentencia. No debe confundirse la valoración libre con la falta de fundamentación de la decisión judicial. El juzgador tiene la obligación de exteriorizar en su sentencia cuáles y por qué son los elementos y motivos que le han llevado a tener determinados hechos por acreditados y por no probados otros. Como bien dice el art. 245.1 ACPC, que establece también el principio de libre valoración de la prueba, éste no debe confundir a la arbitrariedad, lo que se combate y evita con una adecuada y detallada motivación de la sentencia.

En esta exteriorización motivada de la valoración judicial de la prueba, el juez debe pormenorizar el alcance de cada elemento probatorio, precisando en qué medida contribuye a la acreditación de un hecho determinado y poniendo especial énfasis cuando sean varios los medios de prueba tendentes a la acreditación de un mismo punto. Así lo dice el art. 479.3 ACPC:

“El tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba de manera individual, determinando si conduce o no a probar la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba se haya dirigido a determinar la existencia de un mismo hecho, o el modo en que se produjo, se deberán poner en común, con especial motivación y razonamiento del resultado final al que se llegue”.

El principio general de libre valoración probatoria debe compatibilizarse con la aplicación de las reglas sobre valoración de determinadas pruebas, tal como dispone el art. 479.2 ACPC:

“No obstante lo anterior, en las pruebas de interrogatorio de parte y documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado que determinadas declaraciones y documentos tengan atribuido”.

Reglas especiales y tasadas sobre valoración de determinadas pruebas son, respecto de la de interrogatorio de parte, las del art. 256 ACPC sobre la “ficta confessio” de quien no comparece a la prueba, el art. 260 en relación con la negativa a contestar y las respuestas evasivas y el art. 268 acerca del reconocimiento expreso de hechos perjudiciales. En relación con la documental,

²⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, BUITRÓN RAMÍREZ: “La valoración de la prueba”, en “La prueba en el proceso civil”. Ed. Tirant lo Blanch. www.tirantonline.com. Ref^a DROP_2530.

los arts. 273 y 275 respecto de los documentos públicos y el art. 280 ACPC en relación con los documentos privados no impugnados.

2. PRESUNCIONES

La presunción es un juicio lógico, en cuya virtud, partiendo de un hecho acreditado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro.

Con acierto, el legislador procesal regula las presunciones al margen de los medios probatorios, pues no tienen tal carácter, y las ha incluido en la disciplina legal relativa a la formación de la sentencia en el proceso ordinario. Obviamente, las mismas reglas son de aplicación cuando se trate de la elaboración de la sentencia en cualquier otro procedimiento.

Las presunciones se aproximan al sistema de valoración de la prueba y la aplicación de su mecanismo para fijar hechos en el proceso, solamente debe ser aplicable con carácter supletorio, en los casos en que no se pueden acreditar los hechos por los medios de prueba ordinarios establecidos por la ley²⁹

Atendiendo a la forma en que se determine el nexo lógico entre el hecho indiciario y el hecho presunto, se distingue entre presunciones legales y judiciales.

Esta distinción la establece el ACPC.

a. LEGALES

Las presunciones son legales cuando la máxima de experiencia la señala el legislador.

A las presunciones legales se refiere el art. 477 ACPC:

“1. Cuando la ley establezca una presunción, la persona a la que favorezca quedará dispensada de la prueba del hecho presunto, siempre que queden probados los indicios en que se base.

2. Cuando la presunción legal admita prueba en contrario, la actividad probatoria se podrá dirigir tanto a demostrar que los indicios probados conducen a un hecho distinto del presumido por la ley, o a ninguno, como a efectuar la contraprueba de dichos indicios para establecer su inexistencia.

²⁹ GUTIÉRREZ SANZ, M^a R.: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” (Varios Autores). Ed. Aranzadi. 2001. Vol. I. Pg. 1288.

3. En los casos en los que la presunción legal admita prueba en contrario, en la sentencia se deberán justificar y razonar los argumentos que han llevado al tribunal a la concreta decisión sobre si el hecho presunto es la consecuencia de los indicios.”

En las presunciones legales se determina qué hecho ha de ser tenido por hecho base, cuál ha de ser considerado hecho presumido y el nexo lógico entre ambos lo efectúa la ley.

En unos casos, no admiten prueba en contrario, siendo suficiente que se prueben los indicios.

En otros sí se admite la prueba en contrario, tanto del indicio, como de la consecuencia establecida legalmente. Por lo tanto, el hecho consecuencia se tendrá por acreditado si se ha probado el indicio y no se ofrece otra prueba contraria a la certeza del hecho presunto. En definitiva, la prueba en contrario podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto, como la inexistencia del nexo que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

b. JUDICIALES

La presunción es judicial cuando el nexo lógico lo establece el juez. La relación entre el hecho base y el presunto no viene determinada por la ley, sino por la labor deductiva del juzgador.

Con arreglo al art. 478 ACPC:

“1. El juez o tribunal puede presumir la existencia de un hecho a partir de los indicios que se hayan logrado probar durante la audiencia. Esta presunción constituirá argumento de prueba sólo cuando se funde en hechos reales y probados y cuando tales indicios, por su precisión, gravedad, número y concordancia, produjeren la convicción judicial de conformidad con las reglas de la sana crítica, del conocimiento y criterio humanos.

2. Cuando un hecho declarado probado en la sentencia se sustente en una presunción judicial, será obligatorio que el juez establezca el enlace racional, que le ha llevado a fijarlo, partiendo de los indicios probados.

3. Las presunciones judiciales admitirán siempre prueba en contrario, dirigida a demostrar que los indicios probados conducen a otra conclusión distinta o a ninguna. Siempre podrá practicarse prueba dirigida a desvirtuar los indicios en los que se pueda sustentar una presunción judicial”.

Por lo tanto, la presunción judicial se forma con arreglo a criterios de normalidad. Las pautas que sigue el comportamiento del hombre determinan que, conociendo algunos elementos de esa conducta, pueda extraerse la existencia de otros elementos que generalmente acompañan a los primeros.

Se requiere la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho admitido o demostrado y el presunto.

En la existencia debe explicarse el enlace racional apreciado por el juez, lo que no es sino aplicación al caso de la general obligación de motivar las sentencias.

A diferencia de lo que sucede con las legales, las presunciones judiciales siempre admiten prueba en contrario, tanto para demostrar la inexistencia de los indicios, como para acreditar que los probados conducen a distinta conclusión, o a ninguna.

D. SENTENCIA

La controversia que tiene lugar en el proceso ordinario se decide mediante una resolución judicial que adopta la forma de sentencia, puesto que pone fin al proceso en primera instancia (art 193.2.c ACPC),

La sentencia dictada en el procedimiento ordinario tiene que cumplir con las exigencias de claridad, precisión, exhaustividad, motivación y congruencia, que respecto de todas las sentencias exigen los artículos 206 a 208 ACPC. No nos referiremos expresamente a estos requisitos, pues son objeto de tratamiento en otro lugar de la ley procesal civil.

Nos centraremos en la regulación de la sentencia que se dicta en el juicio ordinario, por más que la misma sea en parte reiterativa o coincidente con las disposiciones generales al respecto.

La disciplina de la sentencia en el proceso ordinario se contiene en el art. 480 ACPC:

“1. La sentencia, que habrá de resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso, deberá dictarse dentro de los diez días siguientes a la finalización de la audiencia probatoria y se notificará a las partes a la mayor brevedad posible, sin que el plazo de notificación exceda los tres días desde que se dictó.

2. Cuando se pretenda la condena al pago de prestaciones o de intereses que se devenguen periódicamente, la sentencia podrá incluir pronunciamiento obligando

al pago de las que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte, siempre que así lo solicitara el actor en la demanda.

3. Excepcionalmente, cuando se haya pedido la condena al pago de una cantidad sin especificarla, y no haya podido determinarse su cuantía concreta en la sentencia, se estará a lo dispuesto en el artículo 885”.

Partiendo de que, como se ha dicho, la sentencia del proceso ordinario debe cumplir los requisitos que se predicen de toda sentencia, su disciplina legal en este tipo de proceso se centra básicamente en las particularidades que interesan al mismo, tanto en relación con el tiempo y la notificación, como respecto de su contenido:

1º Tiene que dictarse en el plazo de diez días desde la finalización de la audiencia probatoria.

2º Se ha de notificar a las partes en el plazo máximo de tres días desde que se dictó. Esta norma plantea una excepción respecto de la general del art. 136.4 ACPC, con la que no guarda total coherencia, debido a que, partiendo de que la fecha de la sentencia será la misma que aquella en que se dictó, establece el citado art. 136.4 que todas las resoluciones judiciales deberán ser notificadas en el mismo día o al siguiente de su fecha o publicación.

3º Debe resolver todas las cuestiones que han sido objeto del proceso, lo que redundará en los principios de exhaustividad y congruencia que proclaman los arts. 206 y 208 ACPC.

4º Se admite que, tratándose de la condena al pago de prestaciones de devengo periódico, la sentencia condene al pago de las que se devengue con posterioridad. Ello implica la condena al pago de las cantidades líquidas ya devengadas, puesto que nada impide su precisión, y exige la petición de parte, ya que en otro caso se incurriría en incongruencia “extra petita”.

Se trata de una previsión legal coherente con la del art. 209 ACPC, que permite la condena que difiera la determinación de la suma a pagar a la fase de ejecución, siempre que se fijen claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

5º Es excepcional la posibilidad de reservar la liquidación a la fase de ejecución, con arreglo al trámite establecido para la liquidación de daños y perjuicios en el art 885 ACPC, en que se cuantifica la deuda tras un trámite contradictorio, que se sigue en una segunda fase por los trámites previstos para el procedimiento abreviado.

VIII. TERMINACIÓN DEL PROCESO SIN SENTENCIA CONTRADICTORIA

A. APROXIMACIÓN

Aunque se trata de disposiciones aplicables a toda clase de procesos civiles, el ACPC trata en el ámbito de la disciplina legal del proceso ordinario los supuestos de la que denomina terminación del proceso sin sentencia contradictoria.

En otros ámbitos doctrinales se denomina “terminación anormal del proceso” a los casos en que termina el mismo sin sentencia contradictoria, por motivos que obedecen fundamentalmente a actos de disposición de las partes, ya sea del proceso mismo, ya sea de su objeto³⁰.

Los diversos supuestos de finalización del proceso sin sentencia (o la que se llama terminación anormal) tienen una base común, pues todos ellos son expresión del poder de disposición de las partes sobre el proceso y su objeto, lo que es coherente con el hecho de que en el mismo se articula la defensa de intereses y derechos que, por ser estrictamente privados, quedan sometidos al poder de disposición de las partes.

Dispone por ello el art. 481.1 ACPC:

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

El principio dispositivo es un pilar básico del proceso civil. Se manifiesta tanto en el desarrollo del mismo pues, por ejemplo, solamente se practicarán como regla general las pruebas pedidas por las partes y se resolverán las cuestiones que planteen (en esta vertiente, el principio dispositivo entronca con los de rogación y aportación de parte), como en su terminación, ya que una vez iniciado puede finalizar porque así lo decidan las partes, bien de común acuerdo (p. ej. transacción), bien porque lo quiera una de ellas sin contar con la otra (renuncia, allanamiento).

³⁰ BARONA VILAR, S.: “Derecho Jurisdiccional II” (Varios autores). 14ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. 2005. Pg. 367.

El poder de disposición del proceso se mantiene a lo largo de su tramitación y en sus varias instancias (primera instancia, apelación, casación) y puede exteriorizarse de alguna de las maneras que enumera el precepto transcrito (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción).

Entre las maneras de poner de manifiesto el principio dispositivo se enumera el arbitraje. Pero debe advertirse que el arbitraje no es expresión de dicho poder de disposición. Se trata de una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos, que versa sobre materias disponibles. Obsérvese que mediante el arbitraje las partes no disponen del proceso, ni de su objeto, sino que se limitan a encomendar a un tercero la resolución de la divergencia. En puridad, mediante el arbitraje las partes no deciden sobre el proceso, sino sobre el cauce o medio de resolución del mismo. Así viene a decirlo la norma, al hablar de la posibilidad de “someterse a arbitraje”.

Ahora bien, el poder de disposición de las partes tiene un límite, regulado en el art. 481.2 ACPC:

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

El poder de disposición se limita por motivos de orden público o interés general. En el ACPC el Título Cuarto del Libro Cuarto tiene por objeto la regulación de los procesos no dispositivos (incapacitación, prodigalidad, filiación, paternidad, maternidad, familia, alimentos), respecto de los cuales el art. 631 proclama la indisponibilidad del objeto del proceso y en los que, como regla general, el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Público.

Al regular la terminación del proceso sin sentencia contempla la ley la carencia de objeto, la satisfacción extraprocésal, la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción y el abandono del proceso.

B. CARENCIA DE OBJETO Y SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL

El proceso comienza porque existe un interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida. Pero, una vez producida la litispendencia, esto es, iniciado el proceso, puede suceder que ese interés legítimo desaparezca por el acaecimiento de determinados hechos o circunstancias fuera del mismo.

Para que se de la falta de objeto, o la satisfacción extraprocésal se requiere, obviamente, que el objeto litigioso esté definitivamente fijado y que con posterioridad determinadas circunstancias sobrevenidas en la realidad extraprocésal hagan desaparecer dicho interés legítimo.

La carencia sobrevenida de objeto puede deberse a diversas causas. Por ejemplo, la confusión de partes que haga innecesario y absurdo el proceso; piénsese en la fusión de dos empresas litigantes, o cuando el actor adquiere por herencia el derecho que discutía con su causante.

Puede tener también su causa la carencia de objeto si se ha llegado a una transacción extrajudicial, como consecuencia de la cual haya desaparecido la divergencia.

O también puede suceder que el actor obtenga fuera del proceso la satisfacción que buscaba en sus cauces; por ejemplo, si el demandado paga lo reclamado o, en suma, cumple la obligación que era el objeto de la pretensión de la demanda.

En estos casos, el art. 482.1 ACPC dispone que la parte a quien interese lo hará saber al tribunal:

“Si tras la demanda o la reconvenición ocurriera alguna circunstancia sobrevenida que determinara la carencia de interés legítimo en obtener la protección jurisdiccional solicitada, por desaparición de lo que sea objeto del proceso, por haberse satisfecho las pretensiones fuera de él, o por cualquier otra causa, la parte a quien interese lo planteará al tribunal, que dará audiencia por cinco días a todas las partes personadas”.

Con la expresión “la parte a quien interese” no se hace referencia exclusivamente al actor que ha visto satisfecha su pretensión o que ha perdido el interés legítimo. Puede ser cualquiera de las partes –por lo tanto, también el demandado- la interesada en la terminación del proceso.

En tal caso, una vez puesto en conocimiento del tribunal el motivo que podría dar lugar a la terminación del proceso, se permite que todas las partes personadas expresen su opinión, lo que es coherente con los principios de audiencia y contradicción, pues puede suceder que no exista conformidad acerca de la pertinencia de poner fin al procedimiento.

A partir de ese momento de planteamiento al tribunal y puesta en conocimiento de las demás partes, dos son las posibilidades:

1. Que exista conformidad acerca de la satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto, en cuyo caso el tribunal debe dictar auto de terminación del proceso.

Así lo dice el art. 482.4 ACPC:

“Si la cuestión fuese planteada por todas las partes, o no se hiciese oposición a la finalización del proceso por esta causa, de inmediato se dictará auto accediendo a lo solicitado.”

2. Que las partes discrepen acerca de la pertinencia de la terminación del proceso por el motivo de referencia. En tal caso, se convoca a las partes a una audiencia en los cinco días siguientes y, una vez terminada, decide por auto en los tres días siguientes si debe o no continuar el procedimiento, imponiendo las costas a la parte que viera rechazada su petición; por lo tanto, con estricta observancia en esta materia del principio del vencimiento.

Con arreglo a los apartados 2 y 3 del art 482 ACPC:

“2. Cuando alguna de las partes entendiera que el objeto procesal no ha desaparecido o que no se ha dado satisfacción extraprocesal a sus pretensiones o, con cualesquiera otros argumentos, sostuviera que sigue existiendo interés legítimo en la protección jurisdiccional, presentará su oposición y el juez convocará a una audiencia sobre ese único objeto, en los cinco días siguientes.

3. Terminada la audiencia, en el plazo de tres días el tribunal decidirá por auto si procede continuar el proceso, imponiéndose las costas del incidente a la parte que viera rechazada su pretensión”.

Los dos últimos apartados del art. 482 ACPC contienen sendas normas de carácter general y por ello aplicables a los dos supuestos a que acabamos de referirnos:

“5. El auto de terminación del proceso tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria y hará el pronunciamiento sobre costas que proceda. (La disciplina legal sobre costas se contiene en los arts. 219 al 221 ACPC).

6. Contra el auto que ordene la continuación del proceso no cabrá recurso alguno. Contra el que acuerde su terminación, cabrá recurso de apelación”.

Por lo tanto, el auto que acuerda la terminación del proceso surte los efectos de cosa juzgada, por lo que no puede reproducirse la misma cuestión en sede judicial.

El “pronunciamiento en costas que proceda” a que se refiere el art. 482.5 ACPC, puesto en relación con lo dicho respecto de las costas en el apartado 3, nos lleva a la conclusión de que si se dicta el auto de terminación sin previa oposición no deberá contener condena en costas, mientras que, en otro caso, se impondrán las costas del incidente a quien se opuso.

C. RENUNCIA

La renuncia se contempla en el art. 483 ACPC:

“1. Cuando el actor manifieste su renuncia a la pretensión procesal interpuesta o al derecho material en que funde su pretensión, el juez dictará sentencia absolutoria del demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente improcedente, en cuyo caso dictará auto mandando seguir el proceso adelante.

2. La sentencia absolutoria tendrá efectos de cosa juzgada.”

La renuncia constituye una aplicación concreta al ámbito proceso del principio de libre renunciabilidad de los derechos del artículo 11 del Código Civil, siendo idéntico su fundamento, que consiste en la libre disponibilidad de los derechos privados, por lo que sólo es admisible cuando afecta a derechos propios y es legalmente admisible. Así, por ejemplo, no se puede renunciar al derecho a pedir alimentos futuros (art. 403 Código Civil), puede formularse oposición a la renuncia al usufructo que se haga en fraude de acreedores (art. 783 CC) y es nula la renuncia al futuro ejercicio de la acción de responsabilidad derivada de dolo (art. 1381). Y debe entenderse que no es renunciable lo que no es transigible, como el estado civil (art. 2004 CC).

La consecuencia de lo dicho es que debe reputarse nula la renuncia de derechos prohibida por la ley, que no debe ser por ello convalidada en el proceso.

Se ha dicho asimismo que la renuncia ha de ser personal, inequívoca y sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de la voluntad determinante de la misma.

Puede ser expresa o tácita, pero mediante actos igualmente claros e inequívocos. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 2 de julio de 1991 (RJ 1991\5318), las renunciaciones de derechos han de ser claras, precisas, expresas o deducidas de hechos de significación unívoca

El ACPC admite tanto la renuncia al derecho en que el actor funde su pretensión de tutela, como a la acción ejercitada, atribuyendo a ambas unos mismos efectos, pues en ambos casos el juez debe dictar sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia sea legalmente improcedente, por no estar permitida por la ley.

Debe distinguirse entre la renuncia al derecho y la renuncia a la acción o a la pretensión procesal:

a) Cuando se produce la renuncia al derecho en que el actor funda su pretensión, nos encontramos, como antes decía, ante una manifestación concreta de lo que dice el art. 11CC. Cuando la renuncia es legalmente procedente, extingue el derecho y, como consecuencia, priva de fundamento y de objeto a la acción, por lo que el efecto no puede ser otro que la sentencia absolutoria en cuanto al fondo.

b) Cuando, por el contrario, se renuncia a la acción, los efectos del acto dispositivo sólo a ella afectan, sin que tengan que repercutir necesariamente en el derecho que le sirve de fundamento.

Pero como resulta que, con arreglo al precepto que comentamos, da lugar a una sentencia absolutoria, no podrá ya accionarse ante los tribunales el derecho material que le sirve de fundamento, lo que no quiere decir que ese derecho se haya extinguido, aunque no podrá reclamarse ante los tribunales, por la virtualidad de la cosa juzgada³¹.

D. DESISTIMIENTO

El desistimiento se define como un acto procesal del demandante, en virtud del cual abandona o hace dejación del proceso comenzado a su instancia, provocando su terminación sin pronunciamiento sobre la pretensión procesal que, al quedar imprejuzgada, puede ser interpuesta como objeto en un proceso posterior³².

El desistimiento no debe confundirse con la renuncia. Ya hemos visto que la renuncia tiene por objeto el derecho a la tutela jurisdiccional concreta, por lo que se dicta una sentencia de fondo absolutoria que, al producir los efectos de cosa juzgada, impide el ejercicio de la misma pretensión en un proceso posterior.

Mediante el desistimiento se renuncia o hace dejación del concreto proceso promovido por el actor, lo que provoca su extinción sin emitirse pronunciamiento sobre el objeto de la pretensión y, por ello, no impide que el mismo objeto pueda ser propuesto en un proceso posterior, como dice el art. 484.3 ACPC (“queda a salvo el derecho del actor para promover nuevo proceso sobre la misma pretensión”).

La regulación del desistimiento se contiene en el art. 484 ACPC:

³¹ CORDON MORENO, F.: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” (Varios autores). Ed. Aranzadi. 2001. Pgs. 234-236.

³² ORTELLS RAMOS, M.: “Derecho Procesal Civil”. Ed. Aranzadi. 2000. Pgs. 484-485.

“1. El demandante podrá desistir unilateralmente del proceso siempre que lo haga antes que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda en el juicio ordinario, o haya sido citado para la audiencia en el juicio abreviado, y también en cualquier momento cuando el demandado se encontrare en rebeldía.

2. En otro caso, el desistimiento deberá contar con la conformidad del demandado, a cuyo efecto se le dará traslado del escrito de desistimiento por plazo de cinco días para que conteste. Si el demandado prestare su conformidad o no se opusiere al desistimiento el tribunal dictará auto de sobreseimiento. Si el demandado se opusiera al desistimiento, el juez resolverá lo que estime oportuno sobre la continuación del proceso.

3. En los casos en que se dé lugar al desistimiento, quedará a salvo el derecho del actor para promover nuevo proceso sobre la misma pretensión.”

El desistimiento puede hacerse en dos momentos diferentes, cada uno de los cuales está sujeto a diferente disciplina. Además, la ley tiene en cuenta un contexto referido a la situación procesal del demandado.

1. Antes de que el demandado sea emplazado en el juicio ordinario, o sea citado para la audiencia en el abreviado. En este caso, el desistimiento es unilateral y el juez debe poner fin al proceso.

2. Una vez producido el emplazamiento o la citación a juicio, en que se requiere la opinión del demandado y, si éste se opone, el juez resuelve si continúa o no el proceso.

3. Si el demandado se encuentra en situación de rebeldía, el desistimiento puede hacerse en cualquier momento y el juez pone fin al proceso.

El ACPC regula expresamente la imposición de costas cuando se desiste. Dispone el art. 220.3 ACPC que si el proceso termina por desistimiento del actor, que no consienta el demandado, aquél será condenado a todas las costas. En cambio, si el desistimiento que pone fin al proceso es consentido por el demandado o demandados, no se condenará en costas a ninguno de los litigantes.

E. ALLANAMIENTO

Es conocida la clásica definición que del allanamiento se ha hecho por la doctrina procesalista, al decir que constituye una declaración de voluntad del demandado por la que éste muestra su conformidad con la pretensión del actor. Viene a reconocer que la acción que el actor ejercita es fundada y que por lo tanto

debe concedérsele la tutela que solicita. Es el reverso de la renuncia y determina una sentencia condenatoria.

La jurisprudencia ha formulado un concepto de allanamiento. La STS español (Sala de lo Civil) de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7641) recoge dicho concepto, distinguiéndolo tanto de la admisión de hechos que puede hacerse al contestar a la demanda, como del reconocimiento de éstos por el demandado al ser interrogado, definiendo:

“el allanamiento como un acto del demandado en el que muestra su conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor, reconociendo que debe ser estimada, y que tiene como efecto, en virtud del principio dispositivo y siempre que no exceda de los límites de éste, vincular al Juez a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión.

(... ...) tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han configurado como declaración de voluntad del demandado, por la que muestra su conformidad con las pretensiones del actor, y lo consideran como institución distinta de la admisión o reconocimiento de hechos realizado por el demandado en sus escritos de alegaciones, y de la confesión judicial por él prestada en el oportuno trámite. (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1965 (RJ 1965,364))”.

Constituye el allanamiento una muestra del principio dispositivo. Mediante el allanamiento, no es tanto que el demandado manifieste su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor³³, pues la falta de oposición no releva al demandante de la carga de probar los hechos y que le asiste la razón jurídica, como el sometimiento expreso del demandado a la reclamación deducida en su contra.

La consecuencia del allanamiento es la sentencia no contradictoria que resuelve sobre el fondo y que condena al demandado allanado.

El ACPC lo regula en el art. 485:

“1. El demandado podrá allanarse a todas las pretensiones del actor, aceptándolas, en cuyo caso el juez dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste. Cuando el juez entienda que el allanamiento es contrario al orden público o al interés general, o que se realiza en perjuicio de tercero, o que encubre un fraude de ley, dictará auto rechazándolo y mandando que el proceso continúe su curso.

³³ Así lo entiende BARONA VILAR, S.: “Derecho Jurisdiccional II”. Ed. Tirant lo Blanch. 14ª edición. Pgs. 374-375.

2. El allanamiento podrá limitarse sólo a una parte de la pretensión planteada por el actor. En tal caso, el juez, siempre a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato un auto acogiendo los puntos que hayan sido objeto de dicho allanamiento, cuando sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, y podrá ejecutarse conforme a lo establecido en este Código. En caso de allanamiento parcial, el proceso continuará adelante para discutir y resolver sobre las cuestiones planteadas por el actor que no hubieran sido objeto de allanamiento”.

El allanamiento solamente es admisible desde la disponibilidad de los derechos. Por ello se dispone que el juez puede rechazarlo si advierte que es contrario al orden público o al interés general, o que se realiza en perjuicio de tercero, o que encubre un fraude de ley, en cuyo caso dictará auto rechazándolo y ordenando que el proceso continúe su curso.

Puede ser total o parcial, según se refiera a toda o todas las pretensiones ejercitadas por el demandante, o tan sólo a parte de ellas. En este segundo caso (allanamiento parcial), el juez dicta un auto respecto de los aspectos que hayan sido objeto del allanamiento y continúa el proceso respecto de los restantes; el límite es un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones sobre las que permanece la discrepancia.

El allanamiento puede efectuarse en cualquier momento procesal, tanto en la primera instancia, como en la segunda, durante la tramitación de cualquier recurso. No obstante, y aunque así sea en el plano de estricta legalidad procesal, debe reconocerse que no será frecuente el allanamiento que no se formule en la instancia. La razón es que si el demandado ha sido vencido en la instancia y ha recurrido, es más cómodo y simple que desista del recurso; y si obtuvo en la instancia una sentencia absolutoria y recurrió el demandante, no es fácil pensar que se decida a allanarse tras haber presentado oposición y haber obtenido una primera sentencia favorable.

Presenta cierto interés la materia relativa a las costas procesales. Sabido es que, con carácter general, el pronunciamiento sobre las costas procesales se rige por el principio del vencimiento, con arreglo a lo dispuesto en el art. 219 ACPC. Sin embargo, en los casos de allanamiento, dispone el art. 220.1 que si el demandado se allana a la demanda en la contestación (debe entenderse que si se trata del proceso ordinario) o antes de la audiencia (en el proceso abreviado) no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Y el art. 220.2 ACPC entiende que concurre la mala fe si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera dirigido contra él demanda de conciliación.

F. TRANSACCIÓN

Como bien la define el art. 2000 del Código Civil, la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

En el ejercicio del poder de disposición de las partes es posible transigir sobre lo que es objeto del proceso. Aunque la transacción puede ser extraprocesal –que no tiene incidencia en el procedimiento en curso- y procesal, nos referiremos exclusivamente a ésta, así como a las posibilidades de impugnación de la misma y a su ejecución.

1. Cuando la transacción se proyecta sobre el objeto de un proceso pendiente, deja de tener sentido y objeto la continuación del juicio. Puede ser que se perfeccione el acuerdo al que se llega en presencia judicial, como también entre las partes o contratantes exclusivamente, aunque para que como tal transacción tenga relevancia procesal, que es lo que ahora interesa, ha de presentarse al juez para su homologación³⁴.

La regulación positiva se contiene en el art. 486 ACPC:

“1. Las partes podrán realizar una transacción judicial llegando a un acuerdo o convenio sobre la pretensión procesal.

2. Dicho acuerdo o convenio deberá ser homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin y tendrá efecto de cosa juzgada.

3. A tal efecto, el juez examinará el contenido del acuerdo adoptado por las partes, comprobando que lo convenido no implica fraude de ley o de abuso de derecho, o se realiza en perjuicio de tercero, en cuyo caso no homologará el acuerdo.

4. Aprobada la transacción el juez ordenará poner fin al proceso, con el archivo de lo actuado”.

Como ya se ha dicho y expresamente prevé la norma, la trascendencia procesal del acuerdo exige la homologación del tribunal ante el que se está tramitando el pleito al que se pretende poner fin con la transacción.

Como el poder de disposición de las partes no es absoluto ni incondicionado, ni la homologación debe ser mecánica o rutinaria, el acuerdo transaccional se

³⁴ No toda transacción a que llegan las partes en el ámbito extraprocesal para poner fin a un pleito pendiente se somete a la aprobación del tribunal ni, por lo tanto, llega a ser transacción judicial. Puede suceder que, por ejemplo, que los litigantes transijan y lleguen a un acuerdo determinado en el ámbito extraprocesal y la manera concreta de poner fin al procedimiento en curso sea el desistimiento del demandante, solicitando de mutuo acuerdo al juez que no haga expresa imposición de costas.

somete a un verdadero control o fiscalización judicial. Y si el juez detecta fraude de ley, abuso de derecho o perjuicio de un tercero, denegará la homologación.

El instrumento de la homologación será un auto (art. 193.2.b ACPC) y pone fin al proceso, por lo que su consecuencia será el archivo del procedimiento.

Dice el art. 486.2 que el acuerdo homologado tendrá efectos de cosa juzgada. Sin embargo, se ha dicho por la doctrina en contra de la verdadera producción de tales efectos, pese al tenor literal de la ley, que el auto de homologación no tiene efectos de cosa juzgada material, por cuanto la transacción simplemente supone un sometimiento obligacional de las partes a estar y pasar por los términos del contrato. La consecuencia de ello sería, según dicha opinión doctrinal que, de alegarse en un proceso posterior la transacción, ya sea como hecho constitutivo por el actor o como hecho impeditivo por el demandado, determinará el contenido de la sentencia que debe dictarse, pero no evitará un segundo pronunciamiento³⁵.

2. La transacción es un contrato. Coherentemente con esta naturaleza, es susceptible de impugnación judicial por las mismas causas que invalidan los contratos. Así se establece en el art. 487 ACPC:

“1. El acuerdo transaccional homologado judicialmente podrá impugnarse por las causas que invalidan los contratos.

2. La impugnación de la validez se ejercitará ante el mismo tribunal, por los trámites y con los recursos establecidos en este Código y caducará a los quince días de la celebración de la audiencia.

3. Además de las partes, también estarán legitimadas para impugnar el acuerdo transaccional las personas a quienes afecte o pudieran sufrir perjuicio por el mismo”.

Así, puede impugnarse la transacción homologada en sede judicial por error, violencia, intimidación o dolo en la prestación del consentimiento (art. 1557 CC); también por las causas del art. 1.586 CC), como son la falta de requisitos para la perfección del contrato, en ausencia de formalidades esenciales o cuando se celebra por persona absolutamente incapaz.

La legitimación para el ejercicio de la acción de impugnación compete a las partes en el acuerdo transaccional y también a los terceros a quienes afecte o puedan sufrir perjuicios como consecuencia de la transacción, lo que es coherente con la previsión del art. 1.589 CC.

³⁵ Así lo entiende BARONA VILAR, S.: Obra citada. Pg. 378.

Respecto del procedimiento, la norma remite a los trámites establecidos en la misma ley procesal civil. Debe entenderse que el cauce de la impugnación habrá de ser el proceso declarativo que corresponda según la cuantía y, en su caso, según la materia sobre la que haya recaído la transacción.

La competencia objetiva y territorial corresponde al mismo tribunal que hubiera conocido del proceso en el que ha recaído la transacción. Se trata de una asignación competencial que responde a la lógica más estricta. En primer lugar, porque la formación del criterio judicial sobre la procedencia de la impugnación requerirá posiblemente el conocimiento de los antecedentes, que obran en el proceso al que la transacción puso fin. Por otro lado, porque un eventual triunfo de la impugnación traerá como consecuencia la continuación del juicio al que el acuerdo puso fin en su día.

La ley establece un estricto plazo de caducidad de la acción, que no podrá ejercitarse una vez transcurridos quince días desde “la celebración de la audiencia”. Esta expresión para fijar el término inicial del cómputo parece referirse a la audiencia en que se llegó al acuerdo transaccional, si se trató de transacción judicial. Pero cuando se trate de una transacción extraprocesal que haya sido después homologada judicialmente, entiendo que el breve plazo de caducidad deberá contarse a partir de la notificación del auto de homologación.

3. La ejecución de la transacción judicial se lleva a cabo por los trámites que rigen la ejecución de las sentencias, tal como establece el art. 488 ACPC:

“Lo convenido en transacción, una vez homologado judicialmente, tendrá la consideración de título de ejecución y podrá llevarse a efecto por los trámites de ejecución de sentencias regulados en este Código”.

El art. 752.c) ACPC enumera los acuerdos transaccionales homologados judicialmente entre los títulos de ejecución, lo que hace redundante o innecesaria la remisión que en el art. 488 transcrito se hace a las sentencias, toda vez que, como hemos visto, ya se recoge expresamente el auto de homologación entre los títulos judiciales susceptibles de ejecución.

Por lo tanto, la ejecución deberá llevarse a cabo por los trámites y con los requisitos de los arts. 748 y siguientes del ACPC.

G. ABANDONO DEL PROCESO

El ACPC regula en los artículos 489 a 493 el abandono del proceso, que es otra forma de terminación sin sentencia contradictoria.

El abandono del proceso, que también recibe el nombre de caducidad (ver, p. ej., el art. 168 ACPC), supone la terminación del proceso por la inactividad de las partes durante el lapso de tiempo fijado en la ley.

Nos referiremos a su naturaleza y tiempo que da lugar a su declaración, a las excepciones, a los efectos y a la impugnación de la declaración de abandono.

1. La institución de la caducidad de la instancia tenía su plena razón de ser en un proceso civil en el que regía el principio de impulso de parte y en que solamente avanzaba a petición de las partes. Parece que tiene menos sentido o que, en todo caso, será infrecuente que se den los motivos para ello, en un procedimiento en el que rige el principio de impulso procesal de oficio, tal como lo proclama el art. 167 ACPC (*“Salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias”*).

Pese a ello, puede darse el supuesto en que, pese al impulso de oficio, la inactividad de las partes da lugar a la caducidad de la instancia, lo que puede relacionarse tanto con la finalidad de evitar que la litispendencia se prolongue indefinidamente en el tiempo, como por razones de seguridad jurídica.

Otro caso en el que puede producirse la caducidad de la instancia es el de suspensión por acuerdo de las partes a que se refiere el art. 168 ACPC, si transcurre el plazo que la ley señala para que se produzca la caducidad de la instancia sin haberse solicitado la reanudación del proceso.

La norma básica que regula el abandono del proceso es el art. 489 ACPC:

“1. En toda clase de procesos se considerará que las instancias y recursos han sido abandonados cuando, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produzca actividad procesal alguna en el plazo de dos años si el asunto estuviere en la primera instancia, o en el plazo de un año si lo fuere en segunda instancia o en recurso de casación. Los plazos señalados empezarán a contar desde la última actuación procesal o desde la última notificación efectuada a las partes.

2. El abandono se declarará por medio de auto, de oficio, a pedido de parte o de tercero legitimado, y contendrá la condena en costas, conforme a las reglas generales, a la parte que diere lugar a ella.

3. El abandono operará también contra el Estado y demás personas de derecho público, incapaces y ausentes”.

La caducidad de la instancia se asienta en la presunción de abandono del proceso por el transcurso del tiempo señalado en la ley para cada instancia: dos

años en la primera y uno en la segunda o en casación, contados desde la última actuación procesal o la última notificación.

Surte efectos respecto de las partes, con independencia de su carácter.

Se declara por medio de auto y se condena en costas a la parte que la hubiera provocado. Normalmente será el actor, que es la parte que ha provocado la incoación del proceso y que por ello debe estar interesada en su progresión.

En un sistema procesal en que rija el impulso de oficio, la caducidad de la instancia ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Sostiene a este respecto la STS (Sala Civil) de España (RJ 2002\6257):

“Como ya señaló la añeja sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1927, la caducidad de la instancia es sanción con que castiga la Ley el abandono de los litigantes y se hace preciso por ello que tal abandono o inactividad sean imputables a la parte como proclama el art. 412 de la LECiv –sentencias de 5 de enero de 1907, 21 de abril de 1986 (RJ 1986\1864) y 29 de junio de 1993 (RJ 1993\4793)–. En nuestro Derecho, a partir de 1924 rige el impulso de oficio, o lo que es igual, el deber de los órganos jurisdiccionales de continuar la tramitación procesal sin necesidad de apremios o acuses de rebeldía, o cualquier otro acto de impulso de parte. Por ello es difícil que se den los supuestos de caducidad, aunque no dejan de ser posibles, puesto que el propio Decreto de 1924 (NDL 25762) admite la suspensión a petición de ambas partes litigantes –sentencia de 29 de junio de 1993 (RJ 1993\4793)–.

Como ha señalado la sentencia de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\620) ciertamente el proceso en primera instancia estuvo paralizado más de cuatro años, pero no procede la caducidad porque aquella paralización fue por causa independiente de la voluntad de los litigantes, como contempla el art. 412. Asimismo, la sentencia de 14 de febrero de 2000 (RJ 2000\1236) recoge que la demora denunciada en el motivo, fácticamente cierta, es únicamente atribuible al Tribunal, sin que ninguna pasividad quepa imputar a los recurrentes en apelación.

Finalmente, y ello es de destacar, el motivo aplica caducidad en el plazo de dos años, pero el art. 414 establece: `si los autos se hallasen en primera instancia...´ y no distingue, si se ha dictado o no sentencia y no cabe duda que los autos se hallaban en el Juzgado de Primera Instancia y precisamente el defecto sólo imputable al Juzgado es el de la no remisión en su momento a la superioridad para sustanciar la apelación”.

2. No obstante su finalidad, ya indicada, hay supuestos en que no se produce la caducidad, pese al transcurso de los plazos señalados en la ley:

a) En ejecución. Dispone el art. 490 ACPC:

“Las disposiciones sobre abandono del proceso no serán de aplicación para la ejecución forzosa, cuyas actuaciones podrán continuar hasta lograr el cumplimiento de lo juzgado, aunque el proceso haya quedado sin curso durante los plazos señalados en este artículo”.

Una vez dictada la resolución definitiva, se posibilita la ejecución de lo juzgado, sin que sea óbice el transcurso de los plazos señalados legalmente para que se produzca el abandono del proceso.

b) Fuerza mayor, esto es, un acontecimiento inevitable. Con arreglo al art. 491.1 ACPC:

“1. No se producirá el abandono de la instancia o del recurso si el procedimiento hubiere quedado paralizado por fuerza mayor”.

Ni tiene lugar la caducidad en aquellos casos en que la paralización no es imputable a las partes, bien por haber sido refrendado en sede judicial su acuerdo de suspensión, por se achacable al tribunal la paralización, lo que contraviene el principio de impulso de oficio o, en general, por cualquier otra causa contraria a la voluntad de los litigantes.

Dice a este respecto el art. 491.2 ACPC:

“2. Tampoco se producirá el abandono si el proceso hubiera estado paralizado por acuerdo de las partes aprobado judicialmente, o por cualquiera otra causa contraria a la voluntad de las partes o interesados, o imputables al tribunal”.

3. Los efectos son diferentes según la instancia o grado jurisdiccional en que tiene lugar: si en primera instancia, quedan sin efecto las resoluciones y medidas acordadas en el proceso; si en segunda o casación, se produce la firmeza de la resolución recurrida. Así lo establece el art. 492 ACPC:

“1. Declarado y firme el abandono del proceso en primera instancia, el juez ordenará el cese inmediato de los efectos de todas las resoluciones dictadas en el proceso respectivo, incluidas las medidas cautelares, así como el sobreseimiento y archivo del mismo.

2. Si se declare el abandono en segunda instancia o en el recurso de casación, se tendrá por firme la decisión impugnada y se devolverán los autos al juzgado de origen, junto con la certificación correspondiente”.

4. El acuerdo judicial de tener por abandonado el proceso no es susceptible de recurso. Se prevé un medio impugnatorio de mayores posibilidades de

conocimiento y prueba que un simple recurso de reposición o de apelación, ya que puede promoverse contra dicho acuerdo un verdadero incidente, basado en las causas que excluyen la caducidad (art. 491 ACPC), o en erróneo cómputo del plazo. Creo que a este motivo debe equipararse, pese a no mencionarse expresamente, la falta de presupuesto básico, cual es la paralización del procedimiento.

Se regula el breve plazo de cinco días para la promoción del incidente, que se sustancia en una audiencia en la que puede practicarse la prueba que las partes aporten, y se decide por auto susceptible de recurso de apelación.

Dice el art. 493 ACPC:

“1. Declarado el abandono conforme a las disposiciones anteriores, y notificado que sea, la parte afectada podrá promover un incidente para acreditar que el abandono se ha debido a fuerza mayor o a otra causa contraria a la voluntad de las partes o a retraso no imputable a ellas o por error en el cómputo.

2. El incidente deberá promoverse en el plazo de cinco días contados desde la notificación de la declaración de abandono.

3. El tribunal convocará a todas las partes a una audiencia, a la que deberán concurrir con las pruebas de que intenten valerse, al término de la cual dictará auto estimando la impugnación o confirmando el abandono del proceso. Contra este auto cabrá recurso de apelación”.

TERCERA PARTE

ESPECIALIDADES DEL PROCESO ORDINARIO

I. INTRODUCCIÓN

Como se ha visto al examinar su regulación, es notable la versatilidad del proceso ordinario, por el que se tramitan todas las pretensiones a las que la ley no señale una tramitación especial, tal como dispone el art. 398.1 ACPC, norma de carácter comprensivo y a la vez residual que evita que, por omisiones legislativos, puedan existir pretensiones que no tengan asignado un trámite específico. En su caso, la falta de asignación hará que las mismas deban conducirse por el proceso ordinario.

Por otro lado, es el tipo de procedimiento que ofrece más amplios mecanismos de ataque y defensa, así como de depuración del proceso y concreción de la pretensión.

En su momento se vio que el ámbito del proceso ordinario se establece desde dos perspectivas, cuales son la materia y la cuantía, tal como evidencia el contenido del art 399 ACPC, que en su primer apartado enumera una serie de materias que determinarán que las demandas relativas a ellas se deban conducir por los trámites del proceso ordinario y en el segundo establece la asignación por razón de la cuantía de la reclamación.

A su vez, tras regular la tramitación del procedimiento en los siete primeros capítulos del Título Segundo del Libro Cuarto, dedica el ACPC el capítulo octavo, a lo largo de once secciones, a las que llama especialidades del procedimiento ordinario, consistentes en determinadas singularidades del mismo cuando tenga por objeto pretensiones referidas a ciertas materias: tutela de derechos fundamentales y derechos honoríficos, impugnación de acuerdos sociales, competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, condiciones generales de contratación, arrendamientos urbanos o rurales, retracto, responsabilidad civil de jueces, magistrados y miembros del Ministerio Público y, por último, pretensiones colectivas.

No está de más observar que este elenco de materias que dan lugar a las especialidades procesales a que a continuación nos referiremos coinciden, una por una, con la enumeración que hace el art. 399.1 ACPC de la asignación de la tramitación de determinadas pretensiones por los cauces del procedimiento ordinario. Con esta base, bien puede afirmarse que al ámbito del proceso ordinario pertenecen, por una parte, las pretensiones cuya cuantía supere las 50.000 lempiras ó cuyo interés económico resulte imposible de calcular y, por otro lado,

las pretensiones relativas a las materias que antes hemos enumerado, que tienen determinadas especialidades.

En consecuencia, podría establecerse una elemental clasificación de los procesos ordinarios entre los comunes o de carácter general, determinados por la cuantía, y los especiales, delimitados en función de la materia, a cuyas peculiaridades nos vamos a referir a continuación.

El artículo 494 ACPC pretende acotar, aunque sea más por la ubicación que por la enumeración de las materias, las pretensiones a las que son de aplicación determinadas normas especiales, al decir:

“Todas las demandas en las que se interponga alguna o algunas de las pretensiones reguladas en este capítulo, habrán de tramitarse por los cauces del proceso ordinario, con las especialidades que para cada una de ellas se prevean”.

Las concretas materias objeto de la pretensión y determinantes de las especialidades son las indicadas en las diversas secciones del capítulo Octavo del Título Segundo del Libro Cuarto del ACPC, coincidentes con la enumeración del art. 399.1 ACPC, y las concretas especialidades son las que para cada una señala la norma.

La simplificación de procesos a que da lugar la nueva normativa del proceso civil, reduciendo a dos los procesos declarativos (ordinario y abreviado), debe hacerse compatible con la tutela adecuada en determinados casos, lo que da lugar a ciertas especialidades procesales.

Estas especialidades, a través de las que se instrumenta una protección singular y, por ello, privilegiada, de determinados derechos, derivan normalmente de la naturaleza de éstos y de la especialidad del derecho material a aplicar; en otros casos, son normas que atienden a la forma o requisitos de los actos procesales³⁶.

A continuación se recogen dichas especialidades, sin otra pretensión que la de su exposición sistemática, no siempre coincidente con el orden seguido por el legislador, evitando reflexiones doctrinales y apuntes críticos, toda vez que el tratamiento adecuado de aquellas requeriría la elaboración de un módulo instruccional específico sobre las especialidades del proceso ordinario, que no son pocas. Obsérvese que la disciplina legal del proceso ordinario (sin comprender las formas de abandono del proceso sin sentencia condenatoria, por ser aplicables a otros procesos) abarca desde el artículo 424 al 480, lo que hace un total de 57 artículos, y las especialidades del mismo tipo de proceso se regula en los arts. 494

³⁶ GÓMEZ COLOMER, J. L.: “Derecho jurisdiccional II”. Ed. Aranzadi. 14ª edición. 2005. Pg. 712.

al 582 ACPC, por lo tanto a lo largo de 87 artículos, por lo que proporcionalmente un tratamiento de dicha materia con el mismo detenimiento que el observado con el proceso ordinario general debería ser más extenso que éste, lo que debe evitarse en un módulo cuyo objeto principal es el examen de la disciplina legal de procedimiento ordinario común.

II. TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y HONORÍFICOS

La protección civil de los derechos fundamentales que se enumeran en el capítulo II del Título III de la Constitución política de 1982 (Cn), y especialmente la del derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen que proclama el art. 76 Cn merece un tratamiento singular, en el ámbito del proceso ordinario. Dispone el art. 495 ACPC:

“A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establecidos en la Constitución, así como las que pretendan la tutela de los derechos honoríficos, con las especialidades previstas en los artículos siguientes”.

Las especialidades hacen referencia a la legitimación, a la prescripción, a la reparación del daño y a la ejecución provisional.

1. Legitimación. Es posible distinguir tres clases de legitimación: la primaria, la subsidiaria en defecto de la primera y la extraordinaria, que impone la actuación como parte de determinado sujeto procesal.

Primaria: Es la que establece el art. 496.1 ACPC:

“1. La legitimación en los procesos a que se refiere la presente Sección corresponde a su titular”.

Secundaria: En defecto de la anterior, se fija en los siguientes apartados del mismo art. 496:

“2. En caso de fallecimiento, el ejercicio de estas pretensiones corresponde a quien el titular haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

3. No existiendo designación, o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

4. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las pretensiones previstas para la protección de los derechos del fallecido. La misma regla se aplicará, salvo disposiciones en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

5. *Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido interponer por sí o por su representante legal la pretensión, por las circunstancias en que la lesión se produjo, se podrá interponer por las personas señaladas en los numerales anteriores”.*

Extraordinaria: Es imprescindible la actuación como parte del Ministerio Público, en ejercicio de su función de garante de derechos. Con arreglo al art. 497 ACPC:

“En los procesos de protección de derechos fundamentales será siempre parte el Ministerio Público”.

2. Prescripción: Se establece un plazo relativamente breve para el ejercicio de la acción, que cuenta desde que la misma pudo ejercitarse, en coherencia con lo que con carácter general ya establece el art. 2297 CC. Con arreglo al art. 498 ACPC:

“Las pretensiones de protección frente a vulneraciones de los derechos fundamentales de la persona y de derechos honoríficos que deban ser tuteladas civilmente, salvo que la ley prevea otro plazo, prescribirán a los cuatro años desde que el legitimado pudo interponerlas”.

3. Reparación del daño. Si se declara en sede judicial la lesión del derecho fundamental, no es necesaria la prueba de la existencia del daño, que se presume. Sí deberá desarrollarse el esfuerzo necesario para la aquilatación del perjuicio, apreciación judicial de su alcance y, coherentemente con ello, la fijación de la cuantía de la indemnización, para cuya ponderación un elemento útil, entre otros, es la cuantía del beneficio que haya reportado la intromisión al infractor y que, a la vista del texto legal, parece que deberá revertir al perjudicado. Dispone el art. 499 ACPC:

“1. La existencia de perjuicio con relación a los derechos protegidos se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima en los mismos.

2. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya difundido, fijándose proporcionalmente en la sentencia al grado de afectación. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

4. Ejecución provisional

Se exceptúan estas materias de la ejecución provisional, salvo los pronunciamientos de carácter patrimonial. Así, por ejemplo, cabe la ejecución

provisional de la indemnización, que crea una situación reversible, pero no de la condena a publicar la sentencia en medios de publicación. Dispone el art. 500 ACPC:

“Las sentencias dictadas en los procesos sobre tutela de derechos fundamentales y de derechos honoríficos no serán provisionalmente ejecutables, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso”.

III. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

La especificidad y complejidad de la legislación societaria hace conveniente el establecimiento de determinadas especialidades en el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales, a través de los cuales se plasma la voluntad social cuya legalidad se cuestiona mediante las acciones de impugnación.

El ACPC contempla entre las especialidades el objeto de la acción de impugnación y la acumulación de éstas, la legitimación, los motivos de impugnación y plazos para el ejercicio de la acción, las medidas cautelares específicas y los efectos de la sentencia que se dicte.

1. Objeto y acumulación de acciones:

Al objeto se refiere el art. 501 ACPC:

“A través del juicio ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte impugne acuerdos sociales adoptados por juntas o asambleas generales o especiales de socios, o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles y cooperativas, con las especialidades previstas en los artículos siguientes”.

El art. 508 ACPC ordena la acumulación de oficio de las impugnaciones contra los acuerdos adoptados en una misma junta, asamblea o consejo de administración que se presenten en el plazo de cuarenta días:

“1. Cuando la demanda tenga por objeto la impugnación de acuerdos sociales se acumularán de oficio todas las que pretendan la declaración de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma junta o asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración y que se presenten dentro de los cuarenta días siguientes a aquel en que se hubiera presentado la primera.

2. En todo caso, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado de Letras, las demandas que se presenten con posterioridad a otra se repartirán al Juzgado al que hubiere correspondido conocer de la primera”.

2. Legitimación y requisitos para la interposición de la acción. Se regulan en los arts. 506 y 507 ACPC:

“Artículo 506.- Legitimación.

1. Para la impugnación de los acuerdos nulos de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.

2. Para la impugnación de acuerdos anulables de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada están legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.

3. Para la impugnación de los acuerdos nulos dictados en el seno de los órganos de las cooperativas están legitimados todos los socios, incluso los miembros del consejo rector que hubieran votado a favor del acuerdo y los que se hubiesen abstenido. Asimismo, están legitimados para el ejercicio de las pretensiones de impugnación de los acuerdos anulables, los asistentes a la reunión del consejo que hubiesen hecho constar, en acta, su voto contra el acuerdo adoptado, los ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto, así como los interventores y el cinco por ciento de los socios. En los demás aspectos, se ajustará al procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos de la asamblea general.

Artículo 507.- Requisitos para la interposición de la pretensión.

1. Las pretensiones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad, que estará representada por las personas a quien corresponda legal o estatutariamente.

2. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará a la persona que ha de representarla en el proceso, entre los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado.

3. Los accionistas que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.

4. Para la interposición de las pretensiones de nulidad y anulabilidad, los accionistas depositarán sus títulos ante notario o en una institución de crédito, quienes expedirán el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda y los demás que sean necesarios para hacer efectivos los derechos sociales.

5. *Los títulos depositados no se devolverán sino hasta la conclusión del proceso”.*

3. Motivos. En las causas de impugnación se establece una distinción según el tipo social:

Sociedades anónimas y limitadas: Respecto de las sociedades anónimas los motivos son los del art. 502, al que remite el art. 503 ACPC al referirse a las limitadas. Con arreglo al art. 502:

“1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas, asambleas y consejos que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos, o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad.

2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el numeral anterior serán anulables.

3. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

4. Si fuere posible eliminar la causa de impugnación, el juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada”.

El art. 505.1 establece la distinción entre acuerdos nulos o anulables:

“Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el artículo anterior serán anulables”.

Sociedades Cooperativas. Los precisa el art. 504 ACPC:

“1. Podrán ser impugnados los acuerdos del consejo rector que se consideren nulos o anulables en el plazo de dos meses o un mes, respectivamente, desde su adopción.

2. El plazo de impugnación de los acuerdos del consejo rector será de un mes computado desde la fecha de adopción del acuerdo, si el impugnante es consejero, en los demás casos será de un año.

3. Podrán ser también impugnados los acuerdos de la asamblea general de cooperativistas que sean contrarios a la ley, que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios de ellos o de terceros, los intereses de la cooperativa.

4. No procederá la impugnación de un acuerdo que haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el tribunal otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada”.

4. Plazo de impugnación. Se establece plazo diferente de caducidad según se trate de acuerdos nulos (un año), anulables (cuarenta días) y contrarios al orden público (no se establece plazo de caducidad). El cómputo es desde la fecha de adopción o de inscripción del acuerdo. Dice el art 505 en sus apartados 2, 3 y 4:

“2. La pretensión de impugnación de los acuerdos nulos de las entidades contempladas en esta sección caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público.

3. La pretensión de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días.

4. Los plazos de caducidad previstos en los numerales anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su inscripción”.

5. Medida cautelar. Una medida cautelar específica y propia de esta acción es la suspensión del acuerdo impugnado, con lo que se evita que se ejecute de forma tal vez irremediable una decisión societaria ilegal o contraria a los intereses colectivos. Con arreglo al art. 509 ACPC:

“Cuando se interpongan pretensiones de impugnación de acuerdos sociales, podrá acordarse, entre otras, la suspensión de los acuerdos impugnados, cuando el demandante o demandantes rindan caución suficiente, lo mismo se exigirá en el caso de cooperativas”.

6. Sentencia. El art 510 ACPC regula los efectos frente a los socios, la publicidad de la decisión judicial y al cancelación de la inscripción del acuerdo anulado:

“1. La sentencia estimatoria de la pretensión de impugnación producirá efectos frente a todos los socios, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado.

2. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo se publicará conforme se determine por la ley.

3. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella”.

IV. COMPETENCIA DESLEAL

Con arreglo al art. 422 del Código de Comercio, puede definirse como acto de competencia desleal la violación por los comerciantes, con fines concurrenciales, del deber de ejercer sus actividades profesionales de acuerdo con la ley y los usos y costumbres mercantiles, sin perjudicar al público, ni a la economía nacional y sin agraviar las buenas costumbres.

Los aspectos sustantivos de la competencia desleal se regulan en los artículos 422 y siguientes del Código de Comercio que, además de definir qué actos se consideran competencia desleal, contiene algunas normas de carácter procesal, como son las referidas a la legitimación (art 426 C. Com.), prueba (art. 427 C. Com.) y contenido de la sentencia estimatoria de la acción (art. 428 C. Com.).

Las normas que en el ACPC recogen las especialidades procesales hacen referencia al objeto, la legitimación, las diligencias preparatorias y medidas cautelares, las acciones y la prescripción, además de algunas reglas relativas a la prueba.

1. Objeto. Regulado en el art. 511:

“A través del juicio ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela frente a competencia desleal, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame, con las especialidades previstas en los artículos siguientes”.

2. Legitimación. Debe distinguirse la legitimación activa y la pasiva.

Legitimación activa: Se contempla en el art. 513:

“1. Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para la interposición de las pretensiones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior.

2. La pretensión de enriquecimiento injusto sólo podrá ser interpuesta por el titular de la posición jurídica violada.

3. Las pretensiones contempladas en los números 1ª a 4ª del artículo anterior podrán interponerse además por las siguientes entidades:

a) *Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.*

b) *Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.*

4. *Cuando los actos de competencia desleal perjudiquen a los intereses de un grupo profesional, la pretensión corresponderá tanto a los directamente afectados como a la asociación profesional o Cámara de Comercio respectivas”.*

Legitimación pasiva: Se refiere a ella el art. 514 ACPC:

“1. *Las pretensiones podrán interponerse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la pretensión de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.*

2. *Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las pretensiones de deslealtad del acto, de cesación del acto o de prohibición del mismo, de remoción de los efectos producidos por el acto, y de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las pretensiones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por las normas de Derecho privado”.*

3. Diligencias preparatorias.

Las diligencias preparatorias se configuran como una serie de medidas adecuadas para la preparación del juicio. Mediante las mismas quien se dispone a interponer la demanda procura armarse de la prueba adecuada para triunfar en el debate que se va a trabar en los tribunales. En el proceso sobre competencia desleal, además de ser aplicables las que con carácter general se regulan en los arts. 405 y siguientes ACPC, las específicas en el proceso ordinario sobre competencia desleal se regulan en el art. 515:

“1. *Quien pretenda interponer una pretensión de competencia desleal podrá solicitar del juez la práctica de diligencias preparatorias para la comprobación de aquellos hechos cuyo conocimiento resulte objetivamente indispensable para preparar el juicio, y de la persona o personas que realizaron el acto de competencia desleal.*

2. La pretensión podrá prepararse mediante la exhibición o el aseguramiento de todos los objetos que acrediten los actos de competencia desleal, o de un número suficiente de ellos, siempre que se otorgue la caución correspondiente”.

4. Medidas cautelares. La adopción de la cautela requiere, con arreglo al artículo 351 ACPC, tanto la posibilidad de insatisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva por hechos que puedan producirse durante la pendencia del proceso (*periculum in mora*), como la llamada apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), lo que requiere un examen indiciario de la prosperabilidad de la pretensión; esto es, sin prejuzgar el fondo de un proceso todavía no llegado a término, es necesaria la comprobación por el órgano judicial de que la pretensión ejercitada no carece de fundamentos sólidos.

Las especialidades se regulan en el art. 519 ACPC:

“1. Cuando existieren indicios de la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia del mismo, el juez, a instancia de persona legitimada y bajo la responsabilidad de ésta, podrá ordenar la cesación provisional de dicho acto, o la prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo, y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

2. Igualmente, podrán acordarse las medidas necesarias para impedir las consecuencias de los actos ilícitos y para evitar la repetición de los mismos.

3. Las medidas previstas en el numeral anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y deberán ser dictadas dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud.

4. Si las medidas se solicitan antes de la demanda, también será competente para adoptarlas el juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.

5. No obstante, una vez presentada la demanda principal, el juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas”.

5. Las acciones. Frente a los actos de competencia desleal se pueden ejercitar las pretensiones que enumera el art.512 ACPC:

“Contra el acto de competencia desleal podrán interponerse las siguientes pretensiones:

1ª) La de declaración de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste.

2ª) *La de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica.*

3ª) *La de remoción de los efectos producidos por el acto.*

4ª) *La de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.*

5ª) *La de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia.*

6ª) *La de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.*

6. Prescripción. Regulada en el art. 516:

“Las pretensiones de competencia desleal prescriben por el transcurso de cinco años desde el momento en que pudieron interponerse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal”.

7. Prueba. El art 517 contiene reglas sobre la distribución de la carga de la prueba y el art. 518 ACPC recoge la previsión de prueba de oficio y determinados criterios de valoración judicial:

“Artículo 517.- Carga de la prueba.

1. En los procesos sobre competencia desleal corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

2. Las normas contenidas en el numeral precedente se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

Artículo 518.- Prueba específica.

1. En caso de actos de engaño, de actos de denigración o de actos de comparación, en materia de competencia desleal, el juez, en el momento de decidir el recibimiento a prueba, podrá requerir de oficio al demandado para que aporte las pruebas relativas a la exactitud y veracidad de las indicaciones o manifestaciones realizadas.

2. Cuando dicha prueba no sea aportada, el juez podrá estimar que las indicaciones o manifestaciones enjuiciadas son inexactas o falsas.

3. Se presume dolosa, sin que valga la prueba en contrario, la repetición después de la sentencia que ordene su cesación de los actos de competencia desleal”.

V. PROPIEDAD INDUSTRIAL

Se viene entendiendo que las materias objeto de la protección que dispensa la propiedad industrial están integradas por la normativa sobre patentes y modelos de utilidad, diseño industrial y marcas y signos distintivos. La regulación sustantiva se contiene en la Ley de Propiedad Industrial (Decreto núm. 142, publicado en el Diario Oficial La Gaceta Números 27231 y 27232 de fecha 23 y 24 de diciembre de 1993).

Las especialidades procesales se regulan en los artículos 520 y siguientes del ACPC y se refieren a varios aspectos, que intentaremos sistematizar:

1. Objeto. Dispone el art. 520:

“A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que una parte exija la tutela en materia de patentes, marcas y diseños que conforman la propiedad industrial, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame, con las especialidades previstas en los artículos siguientes”.

2. Legitimación. Se trata en el art. 524 ACPC:

“1. Salvo pacto en contrario, el concesionario de una licencia exclusiva podrá interponer en su propio nombre todas las pretensiones que en las leyes se reconocen al titular de la patente y de la marca frente a los terceros que infrinjan su derecho, pero no podrá interponerlas el concesionario de una licencia no exclusiva.

2. El licenciataria, que conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no esté legitimado para interponer las pretensiones por violación de la patente, podrá requerir notarialmente al titular de la misma para que interponga la pretensión judicial correspondiente. Si el titular se negara o no interpusiera la oportuna pretensión dentro de un plazo de tres meses, podrá el licenciataria entablarla en su propio nombre, acompañando el requerimiento efectuado. Con anterioridad al transcurso del plazo mencionado, el licenciataria podrá pedir al juez conforme a lo dispuesto en esta sección la adopción de medidas cautelares urgentes, cuando justifique la necesidad de las mismas para evitar un daño importante, con presentación del referido requerimiento.

3. El licenciataria que interponga una pretensión en virtud de lo dispuesto en alguno de los numerales anteriores deberá notificárselo al titular de la patente, el cual podrá personarse e intervenir en el procedimiento.

4. La pretensión declarativa de nulidad o caducidad del registro de la marca podrá ser interpuesta por los titulares de los derechos afectados por el registro de la

marca, o por sus causahabientes en los casos legalmente establecidos, así como por cualquier persona natural o jurídica o por cualquier agrupación constituida legalmente para la representación de los intereses de fabricantes, productores, prestadores de servicios, comerciantes o consumidores que resulten afectadas u ostenten un derecho subjetivo o un interés legítimo”.

3. Conciliación previa. Se establece como obligatoria en el art. 525 ACPC cuando el pleito versa sobre invenciones laborales (art. 12 Ley de Propiedad Industrial):

“1. Antes de interponer pretensión alguna basada en la aplicación de las normas anteriores, relativa a las invenciones laborales, la cuestión discutida deberá ser sometida a un acto de conciliación ante el Registro de la Propiedad Industrial.

2. El ente conciliador dictará una propuesta de acuerdo en un plazo máximo de dos meses desde que el acto de conciliación se solicitó y las partes deberán manifestarse en el plazo máximo de quince días si están o no conformes con dicha propuesta. En caso de silencio se entenderá que existe conformidad.

3. No se admitirá una demanda sobre derechos regulados en este capítulo que no vaya acompañada de una certificación del director del Registro de la Propiedad Industrial en que se haga constar la no conformidad de alguna de las partes con la propuesta de acuerdo prevista en este artículo”.

4. Las acciones o pretensiones que pueden ejercitarse merecen diferente regulación según se trate de derecho de patentes, marcas ó diseño industrial, a lo que debe añadirse una norma de aplicación general a los diversos ámbitos.

Patentes. Se contemplan en el art. 521 ACPC:

“1. El titular de una patente podrá interponer ante los Juzgados de Letras las pretensiones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza, contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia.

2. El titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar:

a) La cesación de los actos que violen su derecho.

b) La pretensión de reivindicación de su derecho a fin de que le sea transferida la solicitud en trámite o el título o registro concedido.

c) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

d) El embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado.

e) *La atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el numeral anterior cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular de la patente deberá compensar a la otra parte por el exceso.*

f) *La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en esta sección, o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente.*

3. *Cualquier interesado podrá interponer una pretensión contra el titular de patentes, marcas y diseños para que el juez competente declare que una actuación determinada no constituye una violación de esa patente”.*

Marcas. Regulada la materia en el art. 522:

“1. *El titular cuyo derecho de marca sea lesionado podrá reclamar y solicitar en la vía civil:*

a) *La cesación de los actos que violen su derecho.*

b) *La pretensión de reivindicación de su derecho a fin de que le sea transferida la solicitud en trámite o el título o registro concedido*

c) *La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.*

d) *La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca.*

e) *La destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, a elección del actor, y a costa siempre del condenado, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el juzgado.*

2. *Cuando el titular de una marca, que lleve al menos cinco años registrada en el momento de presentar la demanda, interponga frente a un tercero, por medio de alguna de las pretensiones previstas en el numeral 1, los derechos conferidos por la Ley de Propiedad Industrial, deberá probar, si así lo solicita el demandado por*

vía de excepción, que, en el curso de los cinco años anteriores a la fecha de presentación de la demanda, la marca ha sido objeto de un uso efectivo y real para los productos o servicios para los que esté registrada y en los que se basa la demanda, o que existen causas justificativas de la falta de uso. A estos efectos, la marca se considerará registrada solamente para los productos o servicios para los que haya sido realmente utilizada.

3. *El demandado podrá asimismo interponer, por vía de reconvenición, la pretensión de declaración de caducidad por falta de uso de la marca del actor”.*

Diseño industrial. A las acciones en este ámbito se refiere el art. 523:

“Las pretensiones que se pueden interponer en materia de diseño industrial serán:

1ª) De reivindicación de la titularidad del diseño solicitado o registrado.

2ª) De cesación de los actos que violen los derechos del titular del diseño.

3ª) De indemnización de daños y perjuicios sufridos”.

Norma general. La norma aplicable a diferentes parcelas de la propiedad industrial y relativa a la fijación de la indemnización es la del art. 530 ACPC:

“1. La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no sólo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la patente, marca o diseño a causa de la violación de su derecho.

2. El titular del registro de la marca también podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca por el infractor, especialmente, por una realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados, o una presentación inadecuada de aquélla en el mercado.

3. Las ganancias dejadas de obtener se fijarán, a elección del perjudicado, con arreglo a uno de los criterios siguientes:

a) Los beneficios que el titular del derecho habría obtenido mediante el uso del mismo si no hubiera tenido lugar la violación.

b) Los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación.

c) El precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho.

4. Para la fijación de la indemnización se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de la marca y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación. En el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado.

5. A fin de fijar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, el titular de la patente, de la marca o del diseño industrial, podrá exigir la exhibición de los documentos del responsable que puedan servir para aquella finalidad.

6. El titular de la patente, de la marca o del diseño industrial cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por 100 de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los numerales anteriores”.

5. Diligencias preparatorias. Las diligencias preparatorias específicas se disciplinan en el art. 526:

“1. La persona legitimada para interponer las pretensiones derivadas de la patente y de la marca podrá pedir al juez que con carácter urgente acuerde la práctica de diligencias preparatorias para la comprobación de hechos que puedan constituir violación del derecho exclusivo otorgado por la patente.

2. Antes de resolver sobre la petición formulada, el juez podrá requerir los informes y ordenar las investigaciones que estime oportunas.

3. En la diligencia de comprobación el juez, con intervención del perito o peritos que a tal efecto haya designado, y oídas las manifestaciones de la persona con quien se entienda la diligencia, determinará si las máquinas, dispositivos o instalaciones inspeccionados pueden servir para llevar a cabo la violación alegada de la patente.

4. Cuando el juez considere que no es presumible que los medios inspeccionados estén sirviendo para llevar a cabo la violación de la patente, dará por terminada la diligencia, ordenará la formación de una pieza separada, que se mantendrá secreta, en la que se incluirán las actuaciones, notificándose al peticionario que no procede darle a conocer el resultado de las diligencias realizadas.

5. En los demás casos, el juez, con intervención del perito o peritos designados al efecto, efectuará una detallada descripción de las máquinas, dispositivos, procedimientos o instalaciones mediante cuya utilización se lleve presumiblemente a cabo la violación alegada.

6. *En todo caso cuidará el juez de que la diligencia de comprobación no sirva como medio para violar secretos industriales o para realizar actos que constituyan competencia desleal.*

7. *Solamente podrá acordarse la práctica de las diligencias cuando, dadas las circunstancias del caso, sea presumible la violación de la patente, y no quepa comprobar la realidad sin recurrir a ellas.*

8. *Al acordar, en su caso, la práctica de las diligencias solicitadas, el juez fijará la caución que deberá prestar el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse.*

9. *Si el juez no considera suficientemente fundada la pretensión, la denegará por medio de auto que será apelable en ambos efectos”.*

6. Medidas cautelares. Con arreglo al art. 527 ACPC:

“1. Quien interponga o vaya a interponer una pretensión de las previstas en esta sección podrá solicitar la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la efectividad de dichas pretensiones, siempre que justifique la explotación industrial del derecho objeto de la pretensión o el desarrollo de unos preparativos serios y efectivos a tales efectos.

2. Se podrán adoptar como medidas cautelares las que aseguren debidamente la completa efectividad del fallo y en especial las siguientes:

a) La cesación inmediata de los actos que violen el derecho del peticionario.

b) Las medidas necesarias para evitar la continuación o reiteración de la infracción.

c) El secuestro de los objetos producidos o importados con violación de su derecho, y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado.

d) El afianzamiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios.

e) Las anotaciones registrales que procedan”.

7. Prescripción y ámbito temporal de perjuicios indemnizables. Se regulan en el art. 529:

“1. Las pretensiones civiles derivadas de la violación del derecho de patente, del derecho de marca y del derecho de diseño industrial, prescriben a los cinco años, contados desde el día en que pudieron interponerse.

2. La indemnización de daños y perjuicios solamente podrá exigirse en relación con los actos de violación realizados durante los cinco años anteriores a la fecha en que se ejercite la correspondiente pretensión”.

8. La sentencia es objeto de atención para prever la condena a su publicación y excluir determinados pronunciamientos de la ejecución provisional. Dispone el art. 528 ACPC:

“1. Si lo hubiera pedido el demandante, y el juzgado lo estimara así, ordenará la publicación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado, mediante anuncios, inserción en un diario de difusión nacional y notificaciones a las personas interesadas.

2. No serán susceptibles de ejecución provisional las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial”.

VI. PROPIEDAD INTELECTUAL

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos (Decreto 141-93, publicado en el Diario Oficial LA GACETA N° 27218 del 8 de diciembre de 1993) es la que disciplina los aspectos materiales de la propiedad intelectual. Las especialidades de la protección procesal se contienen en los arts. 531 y siguientes y, con una sistemática similar a la de las normas que venimos examinando, se refiere al objeto, la legitimación, medidas cautelares, pretensiones posibles y prescripción de la acción.

1. Objeto. Con arreglo al art. 531 ACPC:

“A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela en materia de propiedad intelectual, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame, con las especialidades previstas en los artículos siguientes”.

2. Legitimación. El art. 533 regula quiénes pueden ejercitar las acciones:

“1. La legitimación para el ejercicio de las pretensiones referidas en el artículo anterior corresponde a las personas naturales autoras de una obra, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos.

2. Al fallecimiento del autor, corresponderá la legitimación a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos.

3. Si se hubieran constituido entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, estarán legitimadas para hacer valer en juicio los derechos confiados a su gestión”.

3. Medidas cautelares. El art. 534 se refiere a las especiales en esta materia:

“El titular de los derechos de propiedad intelectual podrá solicitar además de las medidas cautelares establecidas en el artículo 174 de la Ley de Derechos de Autor, aquellas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y en especial:

a) La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. Igualmente se podrá solicitar el embargo

del producto de los espectáculos teatrales, cinematográficos, filarmónicos o cualquier otro similar.

b) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.

c) El secuestro temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual, así como el secuestro del material empleado para su producción.

d) El secuestro del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública. En el caso de los programas de ordenador, se podrá acordar el secuestro de los utilizados.

e) El embargo de los equipos, aparatos y materiales”.

4. Pretensiones. Las acciones susceptibles de ejercicio se regulan en el art. 532 ACPC:

“1. El titular de los derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de otras pretensiones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en esta ley y en las leyes especiales aplicables.

2. El cese de la actividad ilícita podrá comprender:

a) La suspensión de la explotación infractora.

b) La prohibición al infractor de reanudarla.

c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción.

d) La inutilización y, en caso necesario, destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización, no autorizadas, de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de computadora.

e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada.

3. El infractor podrá solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita.

4. *El titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de costo y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios.*

5. *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal.*

6. *El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.*

7. *En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”.*

En el mismo ámbito de la reparación del derecho violado, el art. 536 ACPC contempla el cálculo de la indemnización por lucro cesante:

“El cálculo de la indemnización por lucro cesante, se estimará con base en uno de los siguientes criterios, a elección del perjudicado:

a) Los beneficios que el titular del derecho habría obtenido previsiblemente, de no haber ocurrido la infracción.

b) Los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción.

c) El precio o regalía que el infractor habría pagado al titular del derecho, si se hubiere concertado una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del objeto del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido”.

5. Prescripción. Establece el plazo prescriptivo el art. 535 ACPC:

“Las pretensiones en materia de propiedad intelectual prescribirá a los tres años desde que el legitimado pudo interponerla”.

VII. PUBLICIDAD

Las singularidades procesales en la materia hacen referencia al objeto del pleito, actuaciones previas al proceso, exclusión de la reclamación administrativa previa, legitimación, medidas cautelares y carga de la prueba, que a continuación se recogen sistematizadas.

1. Objeto. Con arreglo al art. 537 ACPC:

“A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela en materia de publicidad, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame, con las especialidades previstas en los artículos siguientes”.

2. Actuaciones previas al proceso. Se establece, como verdadero requisito de procedibilidad la solicitud de cesación o rectificación de la publicidad, con carácter previo a la demanda. Dice el art. 539 ACPC:

“1. La solicitud de cesación o rectificación se hará por escrito en forma que permita tener constancia fehaciente de su fecha, de su recepción y de su contenido.

2. La cesación podrá ser solicitada desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria. Dentro de los tres días siguientes a la recepción de la solicitud, el anunciante comunicará al requirente en forma fehaciente su voluntad de cesar en la actividad publicitaria y procederá efectivamente a dicha cesación.

3. En los casos de silencio o negativa, o cuando no hubiere tenido lugar la cesación, el requirente, previa justificación de haber efectuado la solicitud de cesación, podrá interponer las pretensiones y derechos regulados en esta sección.

4. La rectificación podrá solicitarse desde el inicio de la actividad publicitaria hasta cinco días después de finalizada la misma. El anunciante deberá, dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito solicitando la rectificación, notificar fehacientemente al remitente del mismo su disposición a proceder a la rectificación y en los términos de ésta o, en caso contrario, su negativa a rectificar.

5. Si la respuesta fuese positiva y el requirente aceptase los términos de la propuesta, el anunciante deberá proceder a la rectificación dentro de los cinco días siguientes a la aceptación de la misma. Si la respuesta denegase la rectificación, o no se produjese dentro del plazo ofrecido o, aun habiéndola aceptado, la rectificación no tuviese lugar en los términos acordados o en los plazos legalmente previstos, el requirente podrá demandar al requerido, justificando el haber efectuado la solicitud de rectificación, conforme a lo dispuesto en este Código”.

3. Exclusión de la reclamación administrativa previa. Como excepción a lo que manda el art. 414 ACPC, se excluye en esta materia por el art. 541:

“No será necesaria la presentación de reclamación administrativa previa para interponer la pretensión de cesación o de rectificación de la publicidad ilícita cuando el anunciante sea un órgano administrativo o un ente público”.

4. Legitimación. Regulada en el art 538 ACPC que, de forma no demasiado correcta desde una perspectiva sistemática, añade en el apartado 2 un motivo en qué basar la reclamación que poco tiene que ver con la legitimación a que se refiere el epígrafe del precepto.

“1. Los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita.

2. La pretensión de cesación de publicidad ilícita será también admisible por utilizar en forma vejatoria la imagen de la mujer”.

5. Medidas cautelares. Las especialidades se contemplan en el art. 540 ACPC:

“A instancia del demandante, el juez, cuando lo crea conveniente, atendidos todos los intereses implicados y especialmente el interés general, incluso en el caso de no haberse consumado un perjuicio real o de no existir intencionalidad o negligencia por parte del anunciante, podrá, específicamente, con carácter cautelar.

a) Ordenar la cesación provisional de la publicidad ilícita o adoptar las medidas necesarias para obtener tal cesación. Cuando la publicidad haya sido expresamente prohibida o cuando se refiera a productos, bienes, actividades o servicios que puedan generar riesgos graves para la salud o seguridad de las personas, o para su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar y así lo instase el órgano administrativo competente, el juez podrá ordenar la cesación provisional dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda.

b) Prohibir temporalmente dicha publicidad o adoptar las previsiones adecuadas para impedir su difusión, cuando ésta sea inminente, aunque no haya llegado aún a conocimiento del público”.

6. Carga de la prueba. La norma sobre su distribución en los litigios sobre publicidad ilícita se contiene en el art. 542:

“1. En los procesos sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

2. Esta norma se aplicará siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”.

7. Sentencia. El art. 543 ACPC detalla el contenido mínimo y alternativo de los pronunciamientos de la sentencia que estime la demanda:

“La sentencia estimatoria de la demanda deberá contener alguno o algunos de los siguientes pronunciamientos:

a) Conceder al anunciante un plazo no mayor de cinco días para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad.

b) Ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita.

c) Ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante.

d) Exigir la inmediata difusión de publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinando el contenido de aquella y las modalidades y plazo de difusión”.

VIII. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

El contrato se concluye bajo condiciones generales cuando una de las partes formula o predispone su contenido, que es el que ofrecerá a quienes deseen contratar, cuya opción quedará formalmente limitada a rechazar la perfección del contrato o a adherirse al mismo sin matice. Del mismo modo que la contratación por el régimen de condiciones generales posibilita la rapidez en la contratación y potencia la igualdad entre los adquirentes de bienes o servicios, puede dar lugar a abusos y desequilibrios entre los contratantes, que el ordenamiento jurídico proscribe.

El ACPC regula, como especialidades del juicio ordinario en esta materia, el objeto, la legitimación, la previa conciliación, el contenido de las acciones a ejercitar y la prescripción.

1. Objeto. Dispone el art. 544 ACPC:

“A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela frente a condiciones generales de contratación contrarias a la ley que no den lugar a demandas colectivas, cualquiera que pueda ser la cuantía que en su caso se reclame, con las especialidades previstas en los artículos siguientes”.

2. Legitimación:

Activa. Establece el art 547:

“Las pretensiones en materia de condiciones generales de contratación podrán ser interpuestas por las siguientes entidades:

a) Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

b) Las Cámaras de Comercio e Industria.

c) Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos.

d) La Procuraduría General de la República.

e) Los colegios profesionales legalmente constituidos.

f) El Ministerio Público”.

Pasiva. Con arreglo al art. 548 ACPC:

“1. La pretensión de cesación procederá contra cualquier empresa o profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas.

2. La pretensión de retractación procederá contra cualquier empresa o profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.

3. La pretensión meramente declarativa procederá contra cualquier empresa o profesional que utilice las condiciones generales.

4. Las pretensiones mencionadas en los numerales anteriores podrán dirigirse conjuntamente contra varias empresas o profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas”.

3. Conciliación. El art. 546 ACPC la contempla como una posibilidad:

“Previamente a la interposición de las pretensiones colectivas de cesación, retractación o mero declarativas, podrán las partes someter la cuestión ante una autoridad pública administrativa competente en el plazo de quince días hábiles sobre la adecuación a la ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas”.

4. Pretensiones. El contenido de las acciones, distinguiendo las de cesación, la de retractación y las meramente declarativas, es objeto del art. 545 ACPC:

“1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la ley podrán interponerse, respectivamente, pretensiones de cesación, retractación y meramente declarativas.

2. La pretensión de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas, en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados, que podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

3. *Por medio de la pretensión de retractación se insta la condena al demandado, sea o no el predisponente, a retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.*

4. *La pretensión mero declarativa tendrá por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme a la ley”.*

5. Prescripción. Con arreglo al art. 549 ACPC:

“1. Las pretensiones colectivas de cesación y retractación prescriben por el transcurso de dos años desde el momento en que se practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar.

2. Tales pretensiones, no obstante, podrán ser interpuestas en todo caso durante el año siguiente a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una pretensión individual.

3. La pretensión meramente declarativa es imprescriptible”.

6. Sentencia. El contenido del fallo de la sentencia varía en función de la pretensión ejercitada. Así lo distingue el art. 550 ACPC:

“1. La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante la interposición de la pretensión de cesación, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en este Código o en otras leyes, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Por otra parte, aclarará la eficacia del contrato.

2. Si la pretensión interpuesta fuera la de retractación, la sentencia impondrá al demandado la obligación de retractarse de la recomendación efectuada y de abstenerse de su recomendación futura, de aquellas cláusulas de condiciones generales que hayan sido consideradas contrarias a Derecho.

3. Si la pretensión interpuesta fuera la declarativa la sentencia declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación”.

IX. ARRENDAMIENTOS URBANOS O RURALES

La peculiaridad de estos procesos ordinarios se reduce a la designación del objeto de los mismos y al establecimiento de un requisito para la admisión y pervivencia de los recursos contra determinadas resoluciones.

1. Objeto. Con arreglo al art. 551 ACPC:

“A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela sobre cualquier asunto relativo a arrendamientos urbanos o rurales de bienes inmuebles que no esté sometida a las disposiciones de la Ley de Inquilinato”.

Aunque estas menciones se reducen a materias arrendaticias urbanas y rústicas, en el art 552 ACPC se incluye en el ámbito de las especialidades la materia relativa al pago por los copropietarios de condominios de los gastos y demás cantidades a que se encuentre sujeto, como enseguida se verá.

2. Recursos. Las especialidades en esta materia tienen la finalidad de articular instrumentos procesales que eviten el empleo de los recursos legalmente previstos para persistir en el incumplimiento de las obligaciones. En suma, se establece el pago o consignación de las cantidades debidas como requisito para la viabilidad de la tramitación de los recursos.

Dispone el art. 552 ACPC:

“1. En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, no se admitirán al demandado el recurso de apelación o el de casación si, al interponerlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.

2. El recurso de apelación o de casación se declararán desiertos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar las rentas que venzan o las que deba adelantar.

3. El arrendatario podrá adelantar o consignar el pago de varios períodos no vencidos, los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia. En todo caso, el abono de dichos importes no se considerará novación del contrato.

4. En los procesos en que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario al condominio, no se admitirá al condenado el recurso de apelación ni el de casación si, al prepararlos, no acredita tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria. La

consignación de la cantidad no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada.

5. El depósito o consignación exigidos en los numerales anteriores podrá hacerse también mediante aval bancario o por cualquier otro medio que, a juicio del juzgado, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada o depositada”.

X. RETRACTO

Tras la mención al objeto del proceso ordinario con especialidad, la única que se regula se refiere a los documentos que deben adjuntarse a la demanda.

1. Objeto. Dispone el art. 553 ACPC:

“A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que la parte exija la tutela en materia de retracto, cualquiera que sea su cuantía, con las especialidades previstas en los artículos siguientes”.

2. Anexos de la demanda. Los indica el art. 554:

“Se habrán de acompañar a la demanda los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden el retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere”.

XI. RESPONSABILIDAD CIVIL DE JUECES, MAGISTRADOS Y MIEMBROS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Las especialidades del juicio ordinario en que se dilucide la responsabilidad civil de jueces, magistrados y miembros del Ministerio Público hacen referencia al objeto y tribunal competente, motivos en que puede fundarse la exigencia de responsabilidad, legitimación, admisibilidad y requisitos de la demanda, plazo en que puede interponerse, ámbito objetivo y subjetivo de la pretensión y de la condena y efectos de la sentencia, tanto los generales, como los más concretos a que da lugar según sea absolutoria o condenatoria del demandado.

1. Objeto y tribunal competente. La descripción del objeto del proceso es obvia. Competente es el tribunal superior, debiendo entenderse por tal el que conozca de los recursos contra las resoluciones del tribunal integrado por el demandado, lo que no resuelve la cuestión cuando el demandado es miembro del Ministerio Público. Con arreglo al art. 555 ACPC:

“1. A través del proceso ordinario se conocerán las pretensiones en las que se exija la responsabilidad por daño civil causado por los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, así como por miembros del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones, con las especialidades previstas en los artículos siguientes.

2. La competencia para conocer de estos procesos corresponde al tribunal jerárquicamente superior al que hubiere incurrido en responsabilidad”.

2. Motivos. A las causas a que puede anudarse la responsabilidad se refiere el art. 556:

“1. El juez, magistrado o fiscal es civilmente responsable cuando en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, causare daño a las partes o a terceros al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

2. La conducta se considera dolosa cuando el juez, magistrado o fiscal incurriere en falsedad o fraude, o denegare justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

3. Incurrirá en culpa inexcusable cuando cometiera un grave error de derecho, o causare indefensión al no decidir sobre los hechos probados por el afectado”.

3. Legitimación. La legitimación corresponde, lógicamente, al perjudicado por la actuación del juez o del fiscal. Dispone el art. 558:

“Este proceso sólo se iniciará a instancia de parte perjudicada o de sus causahabientes”.

4. Admisibilidad y requisitos de la demanda. Para la tramitación de la demanda deben haberse agotado los recursos jurisdiccionales (art. 559), los requisitos documentales de la misma se regulan en el art. 560 ACPC:

“Artículo 559.- Agotamiento de recursos.

La demanda sólo podrá interponerse cuando resulte acreditado que se han utilizado todos los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución causante del daño.

Artículo 560.- Documentos básicos de la demanda. Obtención.

1. A toda demanda de responsabilidad civil deberá acompañarse certificación o testimonio que contenga:

a) La sentencia o auto en que se suponga causado el agravio.

b) Las actuaciones que en concepto de la parte conduzcan a demostrar la infracción de ley, o del trámite o solemnidad mandados observar por la misma bajo pena de nulidad, y que a su tiempo se entablaron los recursos o reclamaciones procedentes.

c) La sentencia firme que haya puesto término al pleito o causa.

2. La certificación, testimonio o fotocopia autenticada a que se refiere el numeral anterior, se pedirá en el tribunal donde radiquen los autos.

3. El tribunal deberá mandar, bajo su responsabilidad, que se facilite sin dilación dicho documento, pudiendo acordar que se adicione los particulares que estimare necesarios para que resulte la verdad de los hechos.

4. Si transcurrieren diez días, a contar desde la presentación del escrito, sin que se hubiere entregado a la parte la certificación o testimonio, podrá ésta acudir en queja al tribunal que deba conocer de la demanda, el cual hará al inferior las prevenciones oportunas para que le remita dicho documento en un breve plazo, o le reclamará los autos originales, si lo estima más conveniente y no fueren necesarios para la ejecución de la sentencia.

5. En estos casos, se pondrán de manifiesto los autos al actor, o se le entregará el testimonio para que formule su demanda”.

5. Plazo. Se establece un breve plazo, que parece de caducidad, aunque no lo precisa el art. 561:

“La demanda debe interponerse dentro del plazo de tres meses contados desde que quedó firme la resolución en la que se considera que causó daño”.

6. Ámbito. El ACPC se refiere al objetivo y al subjetivo.

Objetivo. Al hablar de ámbito objetivo, nos referimos a la extensión de la responsabilidad, si llega a declararse. Regulada en el art. 557:

“1. La responsabilidad civil de los jueces, magistrados y fiscales estará limitada al resarcimiento de los daños y perjuicios estimables causados a las partes o a terceros.

2. Se entenderá por perjuicios estimables, para los efectos de este artículo, todos los que pueden ser apreciados en efectivo, al prudente arbitrio de los órganos jurisdiccionales”.

Subjetivo. Referente a las personas o instituciones que deben hacer frente al pago de la indemnización, aunque el art. 562 ACPC se mencione la responsabilidad objetiva y subjetiva:

“La obligación de pago de los daños y perjuicios será subjetiva y objetivamente a cargo del juez, o magistrados que expidieron las resoluciones causantes del agravio, o del miembro del Ministerio Público infractor, quienes serán solidariamente responsables junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentran, sin perjuicio de la acción de repetición que éstos pueden ejecutar contra el servidor responsable en los casos de culpa o dolo”.

7. Sentencia. La regulación de las especialidades de la sentencia se refiere a sus efectos, distinguiendo según sea estimatoria o desestimatoria de la demanda de responsabilidad.

Sentencia estimatoria. La disciplina de sus peculiaridades hace referencia tanto a los efectos en el ámbito civil (art. 563 ACPC), como a la responsabilidad que puede derivarse contra el demandado en el orden penal (art. 565 ACPC).

“Artículo 563.- Efectos de la Sentencia.

1.- La sentencia que declare fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio.

2.- Una vez firme la sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costa, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional”.

“Artículo 565.- Responsabilidad penal.

Cuando declare haber lugar a la responsabilidad civil, luego que sea firme la sentencia, se comunicarán los autos al Ministerio Público, a fin de que, si resultaren méritos para exigir la responsabilidad criminal, inste y proponga lo que estime procedente”.

Sentencia desestimatoria. El art. 565 ACPC contempla la reacción judicial frente al demandante malicioso o que mediante la difusión de la pendencia del proceso ha lesionado el honor del demandado. Cabe la imposición de una multa, compatible con la interposición de otras acciones (por ejemplo, por intromisión ilegítima en el honor:

“Si al declarar infundada la demanda, el tribunal considera que el demandante ha actuado con malicia, o si durante el procedimiento ha difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del demandado, le impondrá una multa de diez salarios mínimos, sin perjuicio de otras responsabilidades a que hubiere lugar”.

XII. PRETENSIONES COLECTIVAS

Las singularidades de la defensa en sede jurisdiccional de las pretensiones colectivas y de los derechos difusos merecen una especial atención por parte del ACPC, que trata con detalle, además del objeto, la legitimación, capacidad procesal, comparecencia en juicio, control de la admisibilidad, intervención procesal, diligencias preliminares y medidas cautelares, pretensiones y su acumulación, peculiaridades de la audiencia preliminar, la prueba, la sentencia y sus efectos y la ejecución en caso de indeterminación de los beneficiados.

1. Objeto. Con arreglo al art. 566 ACPC:

“A través del proceso ordinario se conocerán, con las especialidades previstas en los artículos siguientes, las pretensiones de diversas personas frente a uno o varios demandados en materia de:

a) Intereses o derechos colectivos, entendiéndose por tales aquellos supraindividuales que afectan a un grupo, categoría o clase cuando los individuos que lo compongan estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, ligados por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común a todos ellos;

b) Intereses o derechos difusos, entendiéndose por tales aquellos supraindividuales que afectan a un grupo, categoría o clase cuando los individuos que lo compongan estén indeterminados o sean de difícil determinación, ligados por circunstancias de hecho o vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común a todos ellos;

c) Intereses o derechos individuales homogéneos, entendiéndose por tales el conjunto de derechos subjetivos individuales, con un mismo origen, de los que son titulares los miembros de un grupo, categoría o clase, sin existir una relación común a todos ellos”.

2. Capacidad procesal y Legitimación. Los arts. 568 y 570 se refieren a quiénes puede ser parte y a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

“Artículo 568.- Capacidad.

1. Podrán ser parte en los procesos ante los jueces civiles los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para

demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

2. También podrán ser parte las entidades habilitadas conforme a la normativa internacional para la interposición de la pretensión de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

“Artículo 570.- Legitimación.

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

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

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

4. Asimismo, el Ministerio Público y las entidades habilitadas a las que se refieren los artículos anteriores estarán legitimadas para la interposición de la pretensión de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

5. En caso de interés social relevante, el Ministerio Público, si no interpusiera la pretensión o no interviniera en el proceso como parte, será llamado por el órgano jurisdiccional para defender la legalidad vigente.

6. En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona natural, entidad o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción”.

3. Comparecencia en juicio. Dispone el art. 569 ACPC:

“Por las entidades a que se refiere el artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros”.

4. Control de la admisibilidad. El art. 571 regula el control judicial de oficio de la admisibilidad de la demanda, mediante el control de la representatividad y la relevancia social, manteniéndose la fiscalización de la representatividad a lo largo de todo el proceso:

“1. Para admitir a trámite una demanda en la que se interponga una pretensión colectiva, el juez deberá tomar en consideración los siguientes elementos:

a) La adecuada representatividad del legitimado respecto del grupo, categoría o clase;

b) La relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

2. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

a) La credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado.

b) Sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase.

c) Su conducta en otros procesos colectivos.

d) La coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda.

e) El tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona natural respecto del grupo, categoría o clase.

3. El juez analizará la concurrencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier momento antes de dictar sentencia”.

5. Intervención procesal. La posibilidad de intervención en el proceso se contempla en el art. 572 ACPC:

“1. En los procesos colectivos se llamará al proceso a quienes tengan la

condición de perjudicados o afectados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los afectados o perjudicados, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que los afectados o perjudicados estén indeterminados o su determinación sea difícil, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanuda con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose el personamiento individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en este Código.

4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los numerales anteriores los procesos iniciados mediante la interposición de una pretensión de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

6. Diligencias preliminares. La referencia que a las diligencias preliminares hace el art. 573 ACPC plantea la cuestión relativa a que parece que ya la disciplina de las diligencias preparatorias (art. 406 ACPC) cubre suficientemente la eventual finalidad de este precepto, cuya especialidad no es notoria:

“Quien pretenda interponer una pretensión colectiva y al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados o perjudicados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables podrá solicitar las diligencias preliminares que considere oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”.

7. Medidas cautelares. La peculiaridad reside en que cabe la posibilidad de no exigencia de la caución que con carácter general se prevé en el art. 380. Con arreglo al art. 575 ACPC:

“En los procedimientos en los que se interponga la pretensión de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el juez podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados”.

8. Pretensiones. El contenido posible de la demanda se regula en el art. 567 ACPC:

“1. Las entidades y personas legitimadas podrán interponer las pretensiones civiles que consideren convenientes para la defensa de sus asociados y cumplimiento de sus fines o del grupo, categoría o clase a la que pertenecen, respectivamente, incluyendo, especialmente, la acción de cesación para la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

2. Igualmente podrán ejercer las acciones tendentes a la reparación de los daños y perjuicios individualmente sufridos. Para la efectividad de las mismas, se procederá reglamentariamente, a la creación por el Estado de un Fondo de los Derechos Colectivos, Difusos e Individuales Homogéneos.

3. Se podrá interponer una pretensión colectiva pasiva por parte de uno o varios particulares contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, siempre que el bien jurídico tutelable sea supraindividual y esté revestido de interés social”.

9. Acumulación. El art. 574 se refiere tanto a la acumulación de acciones, como a la de procesos:

“1. Las disposiciones legales que impiden la acumulación de pretensiones no serán de aplicación a las colectivas, cuando la diversidad de esos procesos, ya sean promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en esta sección.

2. En tales casos, se decretará la acumulación de procesos, incluso de oficio, conforme a lo dispuesto en este Código”.

10. Audiencia preliminar. En esta materia se acentúa el control judicial del proceso en la fase de audiencia preliminar. Dispone el art. 576 ACPC:

“1. Si no se lograra ningún acuerdo o no aceptara los términos del mismo en la audiencia preliminar, el tribunal decidirá motivadamente si el proceso reúne las condiciones para proseguir como colectivo.

2. En tal caso, podrá separar las peticiones en procesos colectivos distintos, tendentes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos colectivos, difusos o individuales homogéneos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso”.

11. Prueba. El art. 577 contiene normas relativas tanto a los medios como a la distribución de la carga de la prueba, siendo relevantes la posibilidad de empleo de la estadística y las facultades del juez:

“1. Son admisibles en este proceso todos los medios de prueba, incluida la documental estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.

2. La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si la parte gravada con la carga de la prueba no aportare el conocimiento o información precisos para resolver, el juez podrá suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para dictar una sentencia de fondo, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate.

3. Si durante la fase alegatoria surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, el juez podrá ordenar, en decisión fundada, una distribución de la carga de la prueba distinta a la prevista legalmente, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio.

4. El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio”.

12. Sentencia y sus efectos. Los arts. 578,579 y 580 se refieren al contenido de la sentencia, su publicidad y el efecto de cosa juzgada.

“Artículo 578.- Sentencia.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere este Código estarán sujetas a las siguientes reglas:

a) Si se hubiere pretendido una condena pecuniaria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará

individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

b) Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

c) Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una pretensión de cesación el juez, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

3. La sentencia estimatoria de una pretensión de cesación impondrá una multa que oscilará de uno a tres salarios mínimos, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado.

Artículo 579.- Publicidad e inscripción de las sentencias.

1. Habiéndose interpuesto una pretensión colectiva, una vez firme el fallo, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en un periódico nacional, con los gastos a cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia.

2. En todo caso en que hubiere prosperado una pretensión colectiva o una pretensión individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el juez dictará mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

Artículo 580.- Cosa juzgada.

1. Cuando se trate de intereses o derechos colectivos o difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase.

2. Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán formular solicitudes y oposiciones propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual”.

Y el art. 582 ACPC regula el destino de la indemnización fijada en sentencia:

“1. En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados a un bien, el juez dispondrá que la indemnización sea ingresada a una institución bancaria del Estado. Sus recursos serán destinados a la reconstrucción de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendentes a minimizar la lesión o a evitar que se repita, entre otras que beneficien al bien jurídico perjudicado.

2. En atención a la especificidad del bien jurídico dañado, a la extensión territorial afectada y a otras circunstancias consideradas relevantes, el juez podrá determinar, a través de un auto, el destino de la indemnización; dictará las providencias que deban ser tomadas para la reconstrucción de los bienes afectados; podrá ordenar la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que se repita, entre otras, que beneficien el bien jurídico tutelado.

3. La decisión que especifique el destino de la indemnización indicará, de modo claro y preciso, las medidas que deberán ser tomadas por la institución bancaria designada como depositaria del valor de la indemnización, así como el plazo razonable para que tales medidas sean practicadas”.

13. Ejecución en caso de indeterminación de los beneficiados. El art 581 ACPC contempla la posibilidad de que los efectos de la sentencia se proyecten sobre interesados que no fueron parte:

“Cuando las sentencias de condena no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el juez competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución”.