

EL JUICIO ORDINARIO EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000

José Luis Seoane Spiegelberg

I. INTRODUCCIÓN: JUICIOS DECLARATIVOS Y ESPECIALES

La LEC regula, en el Libro segundo, los procesos declarativos normando, con carácter general, que toda contienda judicial entre las partes, que no tenga señalada en la ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo (artº 248.1).

La nueva LEC clasifica los procesos en *declarativos*, cuales son el ordinario y verbal (art. 248 LEC), y *especiales* “que se han considerado imprescindible mantener o introducir”, siendo éstos últimos: los juicios sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores; el proceso de división judicial de patrimonios con dos variantes: la división de la herencia y la liquidación del régimen económico matrimonial; el proceso monitorio y el juicio cambiario (Libro IV, art. 748 y ss).

No obstante, siguiendo el criterio doctrinal tradicional no serían éstos los únicos procedimientos especiales, sino todos aquéllos que presentan, por razón de la materia litigiosa, características específicas en su tramitación, aún cuando se sustancien por las normas propias de los procesos declarativos (acciones de retracto, reclamación de alimentos, tutela posesoria, resolución del contrato por impago de la renta etc.). Así al amparo de la legislación precedente no hay quien negase el carácter de procedimientos especiales a los de alimentos o interdictos pese a que se tramitasen por los cauces del juicio verbal.

Parece, por lo tanto, que de la clasificación doctrinal que se hace de los procesos en ordinarios, especiales, y ordinarios con especialidades, la nueva LEC optó por ésta última. Así se dice en su Exposición de Motivos que “lo que no se hace, porque carecería de razón y sentido, es prescindir de particularidades justificadas tanto por lo que respecta a presupuestos especiales de admisibilidad o procedibilidad como en lo relativo a ciertos aspectos del procedimiento mismo”.

No obstante, dicha técnica legislativa genera una dispersión normativa que trae consigo dificultades de localización de los distintos preceptos reguladores de la tramitación procesal de una determinada acción judicializada, lo que exige un conocimiento completo de la nueva normativa. Así, por ejemplo, en el caso del juicio de desahucio por falta de pago de la renta habría que acudir, a los efectos de determinación de la competencia territorial, a los art. 52.1.7º y 54.1; en relación a su sustanciación por los cauces del juicio verbal al art. 250.1.1º; con respecto a la acumulación de acciones con la reclamación de rentas al art. 438.3.3ª; en lo referente a los requisitos de la demanda al art. 439.3; en cuanto a las particularidades de la citación para juicio al art. 440.3; limitación de la oposición del demandado (art. 444.1); posibilidad de enervación la acción

(art. 22.4); no producción de cosa juzgada de la sentencia (art. 447.2); necesidad de consignación para recurrir (art. 449.1 y 2), y con respecto a la ejecución de la sentencia a los art. 703 y 704.

Por otro lado, es preciso estar muy atentos a las disposiciones derogatorias y finales. Así con respecto al procedimiento de la LSA, se derogan los art. 119, 120, 121, 122.1 y se reforman los art. 118 y 122, por lo que subsisten los art. 115 sobre los motivos de impugnación, el art. 116 concerniente a la caducidad de la acción, 117 referente a la legitimación, 122 relativo a la inscripción de la sentencia en el Registro Mercantil, pero habrá de estarse a los art. 52.1. 10º y 54.1 sobre competencia territorial; 73.2 (acumulación obligatoria de acciones), 249.1.3º sobre tramitación por el juicio ordinario; 222.3, párrafo tercero, sobre la extensión de cosa juzgada y al art. 727.10º (sobre medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado).

Esta dispersión normativa ha sido criticada por la doctrina (SARA ARAGONES; SERRA DOMÍNGUEZ, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN etc.), llegándose a expresar que la nueva ley mantiene procesos especiales “camuflados”.

En este sentido, MONTERO AROCA, sistematiza la naturaleza jurídica de los procesos deducibles por las normas del juicio verbal en atención a las pretensiones ejercitadas de la forma siguiente:

A) Cuando la procedencia del juicio verbal se determina en atención a la cuantía estamos ante un proceso declarativo ordinario y plenario (art. 248 y 250.2).

B) Cuando la procedencia del juicio verbal se determina por razón de la materia, estamos ante un juicio especial (art. 250.1, 2º, 8º y 9º).

C) Cuando la procedencia del juicio verbal se determina por razón de la materia, y, además, se dice que la tutela será sumaria o que la sentencia tendrá carácter sumario, estamos ante un juicio que es, además de especial, sumario (art. 250. 1. 1º, 3º, 4º, 5º, 6º 7º 10º, 11º de la LEC).

Con respecto al carácter sumario de los procedimientos la Exposición de Motivos justifica las razones para no considerar como tal al juicio de precario y al de alimentos, lo que hace de la forma siguiente: “La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad. Y los procesos sobre alimentos, como otros sobre objetos semejantes, no han de confundirse con medidas provisionales ni tienen por qué carecer, en su desenlace, de fuerza de cosa juzgada. Reclamaciones ulteriores pueden estar plenamente justificadas por hechos nuevos”.

ORTELLS RAMOS señala que los procesos previstos en la LEC pueden clasificarse en las tres modalidades siguientes:

A) Procedimientos ordinarios son la tramitación procedimental adecuada para los procesos que tengan por objeto cualquier clase de pretensión, salvo aquellos para los que la ley establezca una tramitación diferente.

B) Procedimientos especiales, que consisten en regulaciones de los actos procesales -y de su interrelación- diferenciadas en comparación con los procedimientos ordinarios y, además, cuya adecuación se determina exclusivamente en atención a los aspectos cualitativos de la pretensión (normas especiales).

C) Procedimientos ordinarios con especialidades, esta tercera clase incluye los supuestos de aquellas pretensiones que están sujetas a un régimen procesal especial en

algunos aspectos del proceso de declaración del que son objeto, pero sin que esta especialidad afecte al procedimiento, dado que éste sigue siendo uno de los procedimientos ordinarios.

Pertencen a la clase de los procesos declarativos, según la nueva LEC: 1º) el juicio ordinario. 2º) el juicio verbal. Se suprimen, pues, los juicios de mayor, menor cuantía y cognición. Se mantiene el juicio verbal, y se regula un denominado procedimiento ordinario, similar al declarativo de menor cuantía, con una apuesta por establecer un procedimiento ordinario plenario rápido, huyendo de los formalismos excesivos y lentitud del “solemnis ordo iudiciarius” que asumió Las Partidas, cuya última manifestación legislativa se encontraba en el juicio declarativo de mayor cuantía.

Los artículos 249 y 250 señalan el ámbito de ambas clases de juicios, estableciendo como criterios distintivos de la procedencia de uno u otro, la materia de la pretensión ejercitada en juicio (criterio que operará preferentemente), así como su cuantía. Con respecto a esta última se tramitarán por juicio ordinario las demandas cuya valor exceda de 500.000 ptas y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo (artículo 249.2). Se decidirán, por el contrario, por juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 500.000 ptas. y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado primero del artículo 249 (artículo 250).

Por su parte, el art. 253.3 señala que: “Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1999, distingue los procedimientos de cuantía inestimable, indeterminada y no determinada pero determinable, en los términos siguientes:

“En consecuencia, procede actuar conforme, entre otras, a la Sentencia de 8 de mayo de 1998, y 26-6-98, al decir en su F.J. 3º: “Como se razonó en la sentencia de 7 de Octubre de 1.997, 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 art. 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 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.”

La Exposición de motivos de la LEC señala que en síntesis se “reserva para el juicio verbal, que se inicia mediante demanda sucinta con inmediata citación para la vista, aquellos litigios caracterizados, en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido y, en segundo término, por su pequeño interés económico”.

II. EL JUICIO ORDINARIO

Se tramitarán por el juicio declarativo ordinario:

A) Pretensiones que actualmente serían sustanciadas por las normas del juicio declarativo de mayor cuantía: como las relativas a derechos honoríficos (art. 483.2 LEC).

B) Otras que se deciden por los cauces del juicio declarativo de menor cuantía como:

1) Las de impugnación de acuerdos de las Juntas o Asambleas Generales o especiales de socio o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración de entidades mercantiles (art. 119 de la LSA de RDL 1564/1989; art. 31 de la Ley 27/99, de 16 de julio, de Cooperativas; art. 56 y 70 de LSRL 2/1995, de 23 de marzo).

2) Las demandas relativas a materia de competencia desleal, propiedad industrial intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamación de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por los cauces del juicio que corresponda por razón de la cuantía (ver actuales art's 29 de la Ley General de Publicidad, 34/1988; art. 125 de la Ley 11/1986 de Patentes; art. 40 de la Ley 32/88 de Marcas; art. 22 de la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero).

3) Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a las condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre la materia (art. 14 de la Ley 7/1998, de 13 de abril).

C) Igualmente otras pretensiones que venían siendo normalmente tramitadas por los cauces del juicio de cognición, como las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de desahucio por falta de pago o extinción de la relación arrendaticia (art. 39.2 LAU 29/1994, de 25 de noviembre; art. 131 de la LAR 83/1980, de 31 de diciembre). Así como acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda (art. 7.2 III de la LPH con la redacción dada por la Ley 8/1999).

D) O por el juicio de retracto (art. 1618 LEC), “Las que ejerciten la acción de retracto de cualquier tipo”. En este concreto supuesto habrá de acompañarse a la demanda (art. 266.3), los documentos que constituyan un principio de prueba de título en que se funde la misma 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.

E) Por último sustanciadas por el cauce del procedimiento de los incidentes, cuales son las relativas a la tutela del derecho al honor, intimidad personal y propia imagen, y las que pidan la tutela civil de cualquier derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos serán siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente (actual Disp. Trans. Segunda, LO 1/1982, de 5 de mayo de Protección del Honor, que remite a la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuyo art. 13, a su vez, lo hace al procedimiento de los incidentes con ciertas particularidades).

El juicio ordinario presenta las fases siguientes:

A) Fase de **alegaciones iniciales**: demanda, contestación, reconvencción.

B) **Audiencia previa al juicio**. Finalidad esencial, y no única, de subsanación de defectos procesales y resolución de excepciones de tal carácter, pues igualmente en ella se pueden efectuar, como veremos, alegaciones adicionales, y se propondrán las pruebas de las que los litigantes pretendan valerse. Es decir que tal audiencia previa cumplirá cuatro importantes funciones: de evitación del proceso, saneadora de defectos procesales, delimitadora de los términos del debate, y de proposición y admisión de las pruebas pertinentes.

C) Fase de **Juicio**. Práctica de las pruebas, bajo los principios de publicidad, contradicción e inmediación, y conclusiones litigantes.

D) **Sentencia**, que habrá de ser motivada y susceptible de recurso de apelación, e igualmente extraordinario por infracción procesal, y en determinados supuestos de recurso de casación.

A) Fase de alegaciones iniciales

El Juicio Ordinario principiará por **demanda**, redactada conforme a lo normado en el artículo 399 de la LEC, que dispone:

“El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el art. 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

2. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan.

3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.

4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.

5. En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán 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”.

A la demanda habrán de acompañarse los documentos procesales y atinentes al fondo del asunto, a los que se refiere el art. 264 y 265 de la LEC.

Es importante la novedad de la LEC de regular la necesidad de aportación con los escritos de demanda o contestación de los medios instrumentales a los que se refiere el apartado 2 del art. 299, los dictámenes periciales extrajudiciales en los que las partes apoyen sus pretensiones, y los informes elaborados por profesionales de la investigación privada (art. 265.1. 2º, 4º y 5º), y entre los procesales los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento.

Es importante destacar, igualmente, con respecto a la demanda, que cuando lo que se pida en la misma pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. A efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste (artº 400).

Precepto que establece, por un parte, un concurso de acciones o de normas (cuestión muy discutida), y por otra parte se refiere a la extensión de la cosa juzgada a hechos no alegados pero que debieron alegarse en el momento de interposición de la demanda.

Se aprecia, por tanto, que con esta norma, como escribe DAMIÁN MORENO, lo que se busca es que el demandante exponga en su demanda cuantos fundamentos considere aplicables como apoyo de su pretensión a fin de evitar que un eventual cambio de calificación jurídica pueda ser utilizado para el ejercicio de una nueva pretensión aparentemente distinta a la ya deducida pero en realidad idéntica a la anterior, tal como sucedería por ejemplo en el supuesto de concurrencia de la acción de responsabilidad contractual y extracontractual.

En definitiva, nos encontraríamos ante un caso de concurso obligatorio de acciones, que teniendo los mismos sujetos e idéntico petitum, sin embargo difieren con respecto a su causa petendi, ya sea en su relación fáctica o en su fundamentación jurídica. De no existir un precepto como el contemplado en el art. 400 de la LEC, el actor se encontraría con plena libertad para deducir tales acciones, distintas en cuanto a su contenido, de forma alternativa, subsidiaria o incluso por separado, sin que concurrieran, al variar los hechos o fundamentación jurídica de las mismas, las identidades precisas para la estimación de las excepciones de litispendencia y cosa juzgada (art. 533.5 de la actual LEC y 1252 del Código Civil).

Especialmente significativa al respecto lo es la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1998 (Ar 1711), cuando señala en relación a tal cuestión:

“Partiendo de la base elemental que determina que los límites de la cosa juzgada deben ser coincidentes con los límites estrictos de la demanda o lo que es lo mismo con los límites exactos del objeto del proceso, y por lo tanto que dicha “instituta” de la cosa juzgada comprenderá lo que efectivamente se ha resuelto en la sentencia. Por todo lo cual la teoría según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido en la demanda así como lo deducible, debe ser desechada en absoluto, ya que el principio dispositivo que informa al proceso civil, hace factible que cualquier titular de derechos pueda ejercitarlos en su totalidad o parcialmente, o sea, solicitar todas o parte de las consecuencias de tal ejercicio. En otras palabras, que mientras no exista una norma preclusiva que obligue al titular de varias acciones a ejercitarlas en concurso contra el oportuno demandado, no surtirán efectos de cosa juzgada la resolución de una de esas acciones, respecto a un ejercicio futuro de las otras.

Además doctrina consolidada derivada de la jurisprudencia de esta Sala, establece que para que exista cosa juzgada ha de darse una contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de modo que no pueda existir armonía entre dos fallos (S.S. 3 de abril de 1.990, 1 de octubre de 1.991, 16 de marzo de 1.992, 3 de noviembre de 1.993 y 30 de julio de 1.996, entre otras).

Pues bien, en definitiva, hay que afirmar con arreglo a lo antedicho, que la falta absoluta de identidad entre el objeto del primer proceso y el del actual, es notoria, pues la acción tendente a exigir el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato de obra, -primer proceso- no tiene nada que ver con una acción de petición de indemnización -segundo proceso-, aunque ésta hubiera podido estar ejercitada conjuntamente con la anterior, pero a lo que no estaba obligado por principio preclusivo alguno, sin que necesitara, por otra parte, hacer reserva alguna para ejercer la acción indemnizatoria en un posterior proceso.

Como conclusión, que ante la falta de identidad en el objeto de las acciones ejercitadas en los procesos en cuestión, falta un requisito esencial -identidad de cosas y causas- de los que exige el artículo 1.252 del código Civil para el éxito de la excepción de la cosa juzgada”.

No obstante, no deja de ser cierto, que en otras sentencias ya se venía sosteniendo la posibilidad de la apreciación de la cosa juzgada a determinadas cuestiones no deducidas en la demanda pero susceptibles de haberlo sido; así, por ejemplo, la STS de 6 de junio de 1998 (Ar 3718) que, con cita de otras, establece:

“La sentencia ahora recurrida razona su pronunciamiento desestimatorio de la demanda afirmando que “la primera de las demandas referida (el menor cuantía 179 de 1990), fue planteada el 14 de mayo de 1990, por tanto bastante tiempo después de que se produjese la sanidad del apelado; es decir, no es que se produjesen con posterioridad a la demanda primera unos perjuicios lesivos que no pudieron ser tenidos en cuenta entonces, sino que, por la razón que fuese, se excluyeron de la reclamación indemnizatoria inicial los instados ahora y por ello creemos que no podían reproducirse en un nuevo proceso pues se daba evidentemente la cosa juzgada; de no ser así podría darse lugar a una interminable formulación de reclamaciones que pudieran haberse planteado desde el primer momento; en esta dirección el Tribunal Supremo ha declarado que la decisión de la cuestión principal por el Juez produce eficacia de cosa juzgada, tanto positiva como negativamente, respecto a ulteriores procesos en relación a las cuestiones deducibles y no deducidas (subraya la sentencia) y están protegidas por la cosa juzgada tanto si han sido expresamente resueltas como si no habiendo sido objeto de resolución pueden estimarse implícitamente solventadas por hallarse comprendidas en el “Thema decidendi” (St. T.S. 28-2-91)”. Esta fundamentación es asumida por esta Sala de Casación que en su sentencia de 30 de julio de 1996 afirma que “está claro que no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, pues no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió, cuyo argumento, que figura en las reflexiones de la sentencia traída a casación, se acepta aquí como válido”, añadiendo esta resolución que “el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado y requiere el rechazo de los Tribunales según el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que constituye evidente fraude procesal”. Lo expuesto lleva a la desestimación de todos y cada uno de los motivos señalados al comienzo de este fundamento”.

Por último, sobre la extensión de la cosa juzgada, en cuanto adopta una posición intermedia entre ambas resoluciones, podemos citar la sentencia del mismo Tribunal de 6 de abril de 1999 (Ar 2656), que señala:

“No puede desconocerse que, la revocación no es la única facultad que confiere el incumplimiento de las donaciones modales. También, el incumplimiento genera la posibilidad de exigir simplemente el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios, según ya reconoció una sentencia de esta Sala de 19 de enero de 1901 y, según se desprende de la aplicabilidad del artículo 1.101 del Código civil, en relación con los artículos 621 y 622 del reseñado “cuerpo legal”. La opción que la aplicación de este criterio concede significa que ejercitada la acción de revocación por incumplimiento si ésta se desestima porque se entiende que no hay incumplimiento, ya no es posible acudir a la otra vía. Pero si ejercitada aquella, la sentencia deja imprejuzgada la cuestión del cumplimiento, es perfectamente posible acudir a la acción de cumplimiento, si aquella otra ha prescrito. No es aplicable, en este sentido, la doctrina que emana de las sentencias de esta Sala de 30 de julio de 1996 y 6 de junio de 1998, entre otras, pues los pedimentos de esta, ni pudieron deducirse al ejercitar la acción anterior ya que eran incompatibles (revocación por incumplimiento y exigencia al tiempo del cumplimiento), ni, por ello, se intentan suplir o subsanar errores alegato-

rios o de prueba, acaecidos en el primero, ni, en consecuencia, pueden estimarse implícitamente solventadas, las pretensiones del nuevo asunto, por hallarse comprendidas en el “*thema decidendi*”. En verdad, que la doctrina jurisprudencial aplicable es la que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1984, también referente a un supuesto de donación, que mantiene que “para que la alteración de la -causa petendi- se produzca no es necesario siempre un hecho distinto como base de la demanda, sino que es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior (en este caso la realización de una donación de bienes inmuebles) el motivo legal en que la acción se funde sea distinto, en el supuesto debatido, en el primer caso el fundamento legal de la acción consistió en los artículos 634 y 636 del Código civil, (nulidad de la donación por inoficiosidad o excesividad de la misma), y en el segundo, nulidad basada en no haber tenido lugar oportunamente la aceptación de alguno de los donatarios (artículos 623 y 633 del mismo Código); no significa ello que el primer pleito, en que se desestimó la demanda por considerar inoficiosa la donación, carezca en absoluto de efectos en el segundo, sino que únicamente puede servir en el fallado para partir en el segundo de su existencia pero sin tener virtualidad suficiente para enervar el entrar a conocer sobre el fondo en el segundo, puesto que la motivación legal de uno y otro fueron completamente distintas”. Por razón de todo lo razonado se acoge el motivo”.

No obstante, ya la doctrina venía preguntándose, por ejemplo DE LA OLIVA, si no sería más conveniente para la sociedad y para los sujetos pasivos del proceso el que la cosa juzgada cubra lo que, de hecho, no se ha juzgado, pero sí se ha podido juzgar hasta cierto momento, según los límites temporales de la cosa juzgada; pues bien, por tal criterio se inclina el Legislador, incluso haciendo referencia expresa al mismo en la Exposición de Motivos de la nueva LEC, cuando indica, al respecto, la “escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en un solo”, para conseguir tal finalidad, nos sigue diciendo la referida exposición, “la Ley, entre otras disposiciones establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros Ordenamientos Jurídicos”.

Pues bien, conforme a la nueva normativa, si yo puedo reivindicar una finca con base en títulos dominicales distintos: compraventa, herencia, donación, etc., deberé alegar todos ellos en la demanda, sin que quepa un nuevo planteamiento de la litis con relación a títulos de dominio no invocados al tiempo de deducir la primera de las demandas. En este sentido, ya existía algún precepto similar en nuestro ordenamiento procesal, como el art. 1538 de la LEC, que señala que “no se permitirá en ningún caso segunda tercería, ya sea de dominio, ya de preferencia, que se funde en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera”.

Presentada la demanda el tribunal examinará de oficio su jurisdicción (art. 37, 38, 65.2) y competencia objetiva (art. 48.1, 65.3), así como la territorial, cuando ésta venga fijada por reglas imperativas (art. 58 y 65.5); pero no son éstas las únicas cuestiones que el Juez habrá de considerar de oficio, sino también otras como:

A) **Si el asunto ha sido repartido.** Así el art. 68.2 de la LEC establece que: “Los tribunales no permitirán que se curse ningún asunto sujeto a reparto si no constare en él la diligencia correspondiente. En caso de que no conste dicha diligencia, se anulará, a instancia de cualquiera de las partes, cualquier actuación que no consista en ordenar que el asunto pase a reparto.

B) **La falta de capacidad de los litigantes.** En este sentido, se expresa el art. 9 de la LEC, al normar que: “La falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso”.

C) **La acumulación indebida de acciones**, señalando, al respecto, el artº 73.4 que: “Si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, se requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible. Transcurrido el término sin que se produzca la subsanación, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones que se pretendieran mantener por el actor, se acordará el archivo de la demanda sin más trámites”.

D) **La inadecuación del procedimiento** por razón de la materia o cuantía (art. 254).

E) **La ausencia de las copias** correspondientes, ya que según el art. 275, en tal caso los escritos de demanda y contestación o los documentos que deban adjuntarse a los mismos “se tendrán aquéllos por no presentados o éstos por no aportados a todos los efectos”.

De no apreciarse alguno de los mentados óbices procesales el Juez **dictará auto admitiendo la demanda y dando traslado al demandado para contestación en el plazo de 20 días (artº 404)**.

La **contestación** se redactará en la misma forma que la demanda. En ella 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. En la demanda se alegarán también las excepciones procesales y materiales. Podrá contener el allanamiento total o parcial a las pretensiones del actor (art. 405).

La regulación del **allanamiento** se contiene en el artº 21 de la LEC en los términos siguientes, distinguiendo si el mismo el total o parcial:

“1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los arts. 517 y siguientes de esta Ley”.

En relación con las costas el art. 395 contiene una regulación específica en la que se siguió el criterio mayoritario de la llamada jurisprudencia menor. En efecto, se mantiene lo normado en el art. 523 de la vigente LEC, en el sentido de que si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado; pero a continuación se añade en un número segundo: “se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera dirigido contra él demanda de conciliación”, y, por último, concluye que si el allanamiento se produjere tras la contestación tampoco procederá la condena en costas salvo apreciación de mala fe.

En el sentido seguido por el art. 395 de la LEC, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4ª), de 22 de marzo de 2000, señala:

“En efecto, la normativa reguladora de las costas en el artº 523 de la LEC, pretende potenciar el allanamiento del demandado, dispensándolo de la condena a su abono, en el caso en que exprese su aquiescencia con la reclamación efectuada en el escrito

de demanda o reconvencción, evitando de tal forma la prosecución de un proceso siempre costoso, que dilataría, por otra parte, la satisfacción del fundado derecho del actor a la pretensión deducida en juicio. Ahora bien, ello es así en los supuestos concretos en los que no conste en las actuaciones una conducta extraprocesal, imputable al demandado, que permita atribuirle a título de dolo, culpa grave, o incluso retraso prolongado en el cumplimiento de la obligación reclamada, la formulación del litigio; pues en casos semejantes no puede pedir amparo en tal precepto quien motiva con su proceder la interposición de la demanda, para, una vez que la misma ha sido formulada, allanarse, con la consiguiente evitación de los gastos procesales que su conducta ha provocado a la parte actora, la cual, por exigencias de la postulación procesal, precisa la intervención de profesionales del derecho para hacer valer su pretensión en juicio. Y, en este sentido, podemos citar las sentencias de las AP de Asturias de 24-11-94, 30-3-95, 8-2-96; Barcelona de 4-9-98; Sevilla, de 23-6-98; Madrid de 16-4-97; Málaga de 4-6-98, Cádiz de 29-4-98; Castellón de 24-3-98, o 21-9-95 y 9 de julio de 1999 de la Audiencia Provincial de A Coruña entre otras muchas ...

Pues bien, en el caso que nos ocupa, consta como por la junta de propietarios del edificio de litis se fijó el saldo deudor reclamado en reunión celebrada el 25 de noviembre de 1998, con la oposición expresa de los demandados, que se negaban al pago, siendo requeridos a través de acto de conciliación, finalizado sin avenencia, celebrado ante el juzgado de primera instancia nº 9 de esta ciudad el 18 de febrero de 1999, lo que motivó la formulación del presente litigio, siendo entonces y sólo entonces cuando se allanaron a la reclamación de cantidad contra ellos deducida, lo que conforma un comportamiento temerario que les hace acreedores a ser sancionados con la correspondiente condena en costas en virtud de los razonamientos precedentemente expuestos”.

El demandado, en la contestación, podrá igualmente formular **reconvencción**. Las características de la misma, conforme a los art. 406 y ss. de la nueva LEC, son las siguientes:

1º) “Sólo se admitirá si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal” (**reconvencción conexa**), con la nueva regulación se sigue el modelo importado de otros ordenamientos jurídicos como el italiano y alemán, con un afán de simplificar el procedimiento.

Con ello, se termina con una larga tradición en nuestra praxis jurisprudencial, que venía admitiendo la reconvencción inconexa, ya que no existe ninguna “limitación por razón de la conexión de los efectos litigiosos de las respectivas pretensiones actadas en la demanda y en la reconvencción” (STS 7 de diciembre de 1987, Ar 9279; en el mismo sentido, 27 de diciembre de 1940, Ar 1151; 4 de marzo de 1961; o 30 de septiembre de 1991 etc.).

2º) Tampoco se admitirá la reconvencción cuando el juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. Sí cabrá la acción conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en juicio verbal (art. 406.2).

3º) La reconvencción ha de proponerse a continuación de la contestación y se acomodará a las reglas de la demanda (artº 406.3 en relación con el art. 399). Con ello la LEC exige la fórmula de la **reconvencción explícita**.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia en una primera época exigían para la reconvencción los mismos requisitos formales que para la demanda, aunque con posterioridad el Tribunal Supremo optó por una interpretación espiritualista, que huyendo de rigideces formales, mantuvo la idoneidad de la **reconvencción implícita**, desprovista de ritos, de modo que deberá reputarse como tal toda petición del demandado que no se limite a pedir su absolución.

Buena muestra de ello la constituye la sentencia del Tribunal Supremo de 14-10-1991, cuando señala que:

“está fuera de toda duda que la parte demandada implícita pero realmente formuló y ejercitó una acción independiente (aunque traiga su causa del mismo contrato), acumulada a la acción principal, y en la que se invertían las posiciones procesales de las partes, figura que no es otra que la contemplada en los artºs 542, 543, 688 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Lois Estévez define la reconvencción implícita como “la pretensión reconvenicional carente de formulación expresa”, y criticaba a la misma al indicar que conformaba un “quebrantamiento innecesario del formalismo”, que disminuye la seguridad jurídica y constituye un trampolín hacia el fraude.

No obstante, para el juicio de cognición, concretamente en el artº 46 del Decreto de 21-11-1952, ya había optado por el sistema de la reconvencción explícita, cuando normó que “la reconvencción se formulará en el mismo escrito de contestación, pero con la debida separación en cuanto los hechos, fundamentos y pretensión que se formule”.

4º) En ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal (art. 406.3).

En este sentido, ya se había pronunciado, con reiteración, la jurisprudencia, así por ejemplo en sentencia de 18 de marzo de 1999, al indicar que:

“Tiene declarado esta Sala que para que pueda tenerse por formulada reconvencción, aunque sea en la llamada forma “implícita”, es necesario que en el suplico del escrito de contestación a la demanda se formule expresamente cualquier petición que exceda de la pura y simple absolución de las peticiones de la demanda (sentencias de 14 de octubre de 1991, 9 de diciembre de 1993, 19 de noviembre de 1994 y 8 de noviembre de 1996)”.

5º) Cabe reconvencción contra sujetos no demandantes siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvenicional.

Hasta ahora, para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sólo cabía la reconvencción frente al demandante, y, por lo tanto, no era posible dirigir la misma contra otras personas que no sean los actores. Con claridad se expresa, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 29-2-1992, al señalar que “el derecho a reconvenir de la parte demandada, sólo lo puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de demanda y ha de conducirse contra el que demandó”. En igual sentido, las sentencias de dicho Tribunal de 19-12-1988 y 29-7-1991, o la más reciente de 5 de marzo de 1999 al indicar que:

“En todo caso, lo que resulta determinante para rechazar el motivo, conforme a los artículos 544 y 688 de la Ley Procesal Civil, es que la reconvencción no se puede dirigir contra otras personas que no tengan condición de partes actoras, con lo que no cabe respecto a terceros no litigantes (Sentencias de 31-5-1984, 19-12-1988, 29-7-1991 y 13-5-1992), lo que refuerza la situación de incongruencia frontal que se instaura, pues en la demanda se hizo constar que las fincas eran de la propiedad de la que recurre, aportando pruebas, y es al recibir las dos sentencias adversas, cuando “descubre” y aporta la excepción de referencia, contradiciendo también de esta manera sus propios actos procesales”.

También la jurisprudencia, no sin alguna vacilación, por ejemplo la sentencia de 26-6-1975, ha venido negando la posibilidad de formular reconvencción contra un code-

mandado, sin perjuicio de ejercitar contra el mismo las acciones que estimase oportunas promoviendo el juicio correspondiente, siguiendo la postura tradicional de que la reconvencción sólo cabe contra la parte actora (STS 31-5-1984, 2-6-1989, 13-5 y 19-11-1992 entre otras). Manifestación de ésta última, lo es la sentencia de la Sala 1ª de 15 de julio de 1999 (Ar 5050) que indica:

“La recurrente utilizó inadecuadamente la vía procesal de la demanda reconvenccional, que hace improsperable su petición de anulación del contrato, al exigirse que la acción ha de dirigirse contra todos los intervinientes en el mismo, es decir el matrimonio demandante y el esposo codemandado, a fin de evitar situaciones litisconsorciales pasivas (Sentencias de 23-12-1992, 30-1-1993, 1-12-1994, 18-9-1996 y 14-7-1997). Este requisito procesal no se cumplió en la demanda reconvenccional interpuesta por la recurrente contra los litigantes actores, ya que conforme reiterada jurisprudencia la reconvencción no faculta a los codemandados para contestarla, pues ello representaría conculcar los artículos 542 y 668 de la Ley Procesal Civil, que prevén que se dirigirá contra el actor originario del pleito, convirtiéndose en demandado reconvenccional y entenderlo de otra manera equivale a dejar al arbitrio de las partes la normativa del procedimiento, con olvido de su condición de orden público (Ss. de 31-5-1984 y 13-5-1992)”.

Pero poco a poco se fue abriendo camino una doctrina jurisprudencial que cuestiona tal postura admitiendo la reconvencción contra un codemandado, pero siempre que éste sea parte en el proceso, por ejemplo en el caso de las tercerías de dominio. Ejemplo de tal doctrina las STS de 26-6-1979, 20-7-1994, 1-12-1995, señalando esta última:

“Partiendo de la inconcusa premisa de que es consolidada doctrina de esta Sala la de que, en el juicio de tercería de dominio, es admisible aquella reconvencción que se enderece a obtener la declaración de ineficacia (nulidad o rescisión) del título esgrimido por el tercerista (Sentencias de 26 de Junio de 1979, 18 de Julio de 1983, 18 de Junio de 1991, 15 de Marzo y 1 de Abril de 1993, 20 de Julio de 1994, entre otras), el presente motivo, cuya inconsistencia impugnatoria es ostensible, ha de ser igualmente rechazado, ya que toda acción que, por vía directa o reconvenccional, tienda a obtener la declaración de ineficacia (nulidad o rescisión) de un contrato, solamente requiere la presencia en el proceso de los que fueron partes en dicho contrato, como ha ocurrido en el presente caso, en que en este proceso de tercería de dominio intervienen (son partes) Dª Carmen (tercerista) y sus padres D. Emilio y Dª Rosario (codemandados en la tercería y en la reconvencción), que fueron, precisamente (aquella y éstos) los únicos otorgantes de las escrituras de donación y de compraventa, de fecha (las dos) 24 de Diciembre de 1987, a las que se ha referido la reconvencción formulada por “Banco E.”, debiendo entenderse que la rescisión y nulidad declaradas han de considerarse limitadas a los solos efectos de la tercería de dominio a que se refiere este recurso”.

No cabe duda que, con arreglo a la nueva normativa, cabe la reconvencción contra terceras personas ajenas al proceso con tal que sean litisconsortes voluntarios o necesarios del actor, por ejemplo en un caso de acción por culpa extracontractual cabría reconvenir contra la compañía de seguros del demandante aunque no estuviera personada en el proceso, siempre claro está que quepa tal acumulación subjetiva de acciones conforme al art. 72 de la LEC. No obstante, la nueva Ley no señala como debe procederse en tal caso, pero parece evidente que habrá de emplazarse al tercero litisconsorte del actor para que conteste a la demanda reconvenccional en el plazo de 20 días, el cual podrá, ante la misma, no comparecer, en cuyo caso se le declararía en rebeldía, personarse y no contestar, allanarse u oponerse. TAPIA FERNÁNDEZ entiende que, en estos casos, se podría aplicar el régimen jurídico por analogía previsto en el art. 14.2.2ª, relativo a la intervención provocada.

No se regula pues expresamente la posibilidad de reconvección contra un code mandado, con lo que parece que será la postura jurisprudencial clásica la que permanezca, salvo en aquéllos casos en los que el codemandado sea litisconsorte voluntario o necesario del actor, en cuyo caso sí admite tal posibilidad el art. 407.1 LEC.

El plazo para contestar a la reconvección será de 20 días.

Como novedad se viene a regular lo que MORTARA llamaba *excepciones reconvenccionales*, de naturaleza híbrida, ya que se sitúan a medio camino entre la excepción y la reconvección; si bien autores, como CHIOVENDA, se manifiesta contrario a las mismas, en tanto en cuanto las considera auténticas y verdaderas demandas reconvenccionales.

La doctrina se ha preocupado en delimitar los conceptos de excepción y reconvección, como figuras jurídicas diferentes, aunque haya algunos autores, como por ejemplo CHAMORRO y GONZÁLEZ POVEDA, que incluso califican a la reconvección, junto con la compensación y la cosa juzgada, dentro de la categoría de las excepciones materiales. No obstante, la diferenciación en principio parece clara, puesto que la excepción es la resistencia que hace el demandado frente a la pretensión actora, mientras que la reconvección viene a ser como una verdadera demanda que el demandado interpone contra el actor.

Las dificultades, sin embargo, se plantean con respecto a la compensación, en relación con la cual la doctrina y jurisprudencia discute si se debe considerar como una excepción o como reconvección; siendo la primera de las posturas, la mayoritariamente seguida por la doctrina (MANRESA, GÓMEZ DE ORBANEJA, CALAMANDREI etc.).

La posición contraria es admitida por PRIETO CASTRO. Incluso existe una posición intermedia que se va abriendo paso, que admite que en el proceso civil la compensación se articule tanto por vía de acción, como de excepción (SOTO NIETO, DE LA OLIVA).

La consideración de que la compensación debería articularse en la contestación, a través de reconvección, es seguida por las sentencias del Tribunal Supremo de 19-4-1901, 31-10-1988, 20-11-1991; no obstante, la viabilidad de articularla como excepción se admite en las sentencias de 16-10-1975, o en la de 11-6-1991, que establece que “la compensación, como modo extintivo de las obligaciones, puede operar como excepción sin necesidad de reconvenir”, en igual sentido las sentencias de 21-10-1981, 7-6-1983, 31-5-1985 entre otras.

Según GÓMEZ DE ORBANEJA, la diferenciación habrá de buscarse en consideración con la finalidad que se pretenda a través de la compensación, cuando el demandado pide la condena del actor por el exceso de crédito existente a su favor, estaremos ante una auténtica reconvección, mientras que la misma sería excepción cuando el demandado no hace valer su crédito para que se declare su existencia, y sí para pretender la inexistencia del crédito del actor, naturalmente perdiendo la parte de crédito exactamente igual a la compensada.

En este sentido la STS de 24 de abril de 1999, indica:

“El motivo segundo, por cauce procesal idóneo, alega infracción de los artículos 1156, 1195, 1196 y 1202 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta. Dice la sentencia de 6 de febrero de 1985, citada en las de 16 de noviembre de 1993 y 8 de junio de 1996, que “admitida doctrinal y jurisprudencialmente la reconvección implícita -sentencias de 25 de febrero de 1933, 6 de febrero de 1936, 29 de mayo de 1949, 13 de junio de 1947, etc.- es decir, aquélla que no va acompañada de formalismo procesal que la exteriorice, y reconocido igualmente que el demandado, para impugnar la demanda no tiene necesidad de alegar expresa y nominalmente excepciones, bastando con la invocación de hechos de los que las mismas resulten, es manifiesto que la sentencia que rechaza la compensación que resulta alegada en el

relato de los hechos de la contestación a la demanda, única y exclusivamente por no haberla hecho valer explícitamente a través de la reconvencción formal o de la correspondiente excepción explícita, está infringiendo aquella doctrina, tanto más si se tiene en cuenta que a diferencia del supuesto en que el crédito opuesto por el demandado es superior al del reclamado por el actor, en cuyo caso el exceso sólo puede hacerse valer por vía reconvenccional que conduzca al correspondiente pronunciamiento de condena al demandante por tal plus crediticio, por el contrario, cuando el crédito cuya compensación se invoca, es igual o inferior, la posición procesal del demandado tiende única y exclusivamente a que el crédito se declare extinguido total o parcialmente con la consiguiente absolución en todo o en parte; es decir, en este último supuesto, no se pretende un pronunciamiento independiente con reflejo en la parte dispositiva de la sentencia que reconociendo el crédito del demandado lo compense judicialmente con el del actor, sino que lo mismo que ocurre cuando se exceptiona el pago, se pretende que se razone la extinción del crédito del actor en la fundamentación jurídica y en el fallo se absuelva al demandado”.

La nueva LEC aborda tal cuestión, y le da un tratamiento jurídico específico, y así se indica, en el art. 408, que si, en reclamación de cantidad, el demandado alegare la **compensación**, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado solo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar.

La nueva Ley igualmente señala que si el demandado adujera la **nulidad absoluta del negocio** en que se funda la pretensión del actor, éste podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, contestar a la referida alegación en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción (artº 408).

Parece que el legislador se cuida mucho de denominar a la compensación y a la nulidad absoluta del negocio como excepciones o como reconvencción, de hecho las regula sistemáticamente en lugar específico de su articulado. Así en el art. 405 se refiere a las excepciones, en los arts 406 y 407 a la reconvencción, mientras que el art. 408 a la alegación de las mismas por el demandado y a su tratamiento jurídico, por lo que parece que se opta por su configuración como excepciones reconvenccionales, en tanto en cuanto su alegación amplía los límites de la controversia mediante la introducción de hechos nuevos que, a los efectos de evitar la indefensión del demandante y propiciar la contradicción, la Ley prevé el traslado de las mismas para su eventual contestación.

En cualquier caso, el art. 408.3 indica que la sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo, y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada (art. 408.3), y, en congruencia con tal precepto, el art. 222 señala, en su párrafo segundo, que “la cosa juzgada alcanza las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como los puntos a que se refieren los apartados primero y segundo del art. 408 de esta Ley”.

La incomparecencia del demandado en la litis motivará su **declaración de rebeldía** (art. 496.1), que no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda (STS 21-4-1964, 16-10-1970, 5-4-1987 entre otras muchas), salvo los casos que la Ley expresamente disponga lo contrario (art. 496.2). En cuanto al régimen de notificaciones “la resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por correo, si su domicilio fuera conocido y, si no lo fuere, por edictos. Hecha esta notificación, no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la resolución que ponga fin al proceso (art. 497.1), con lo que se elimina el anacrónico sistema de notificación en estrados. Indicar, por último, que se establece un novedoso “Registro Central de rebeldes civiles” en la sede del Ministerio de Justicia (art. 157).

La *litispendencia*, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida (artº 410). Con ello se resuelve la polémica doctrinal sobre si tales efectos se producían en tal momento como parecía deducirse de lo normado en los artºs 1973, 1100, 1109 del Código Civil y 944 del C de Com., tesis seguida por la doctrina y jurisprudencia más reciente, o desde la contestación a la demanda (art. 1535 Código Civil) o desde el emplazamiento o citación del demandado (art. 1945 Código Civil).

En este sentido, la STS de 29 de septiembre de 1995 indicaba:

“Piénsese que el proceso se inicia con la interposición de la demanda; que con ella su objeto queda delimitado y sometido al conocimiento judicial, aunque con la contestación se pueda concretar más, y que las concepciones “ius privatitas” del proceso como cuasi-contrato (“litis” contestatio), relación jurídica (sea de tipo doble o triple) están sustituidas por la configuración del proceso como derecho a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva, que es contraria a las dilaciones, a la variación del procedimiento iniciado, salvo que otra cosa disponga la Ley expresamente (lo que aquí no ocurre), y a cuanto contravenga la ya aludida perpetuatio “iurisdictionis”, nada de lo cual ataca los intereses de la demandada, que trata de apoyarse en la redacción -quizá no muy afortunada- de una providencia para obtener unas dilaciones que son las que podrían atacar el interés o el orden público, ya que ninguna indefensión se le ha causado con el procedimiento seguido, razones todas que hacen decaer el motivo, aunque los razonamientos de la Audiencia continúen impregnados de tal concepción iusprivatista”.

La litispendencia produce la llamada *perpetuatio iurisdictionis*, según la cual juez competente para el conocimiento de la litis será al que corresponda el conocimiento de la misma al tiempo de deducirse independientemente de los cambios que se pueda producir durante la sustanciación del proceso y además conocerá por el tipo procedimental establecido en dicho momento.

En este sentido, el art. 411 señala que “las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinará según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia”.

B) Audiencia previa al juicio

Una vez contestada la demanda, y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal dentro del tercer día convocará a las partes a una audiencia previa al juicio, que se celebrará en el plazo de 20 días desde la convocatoria.

Ya existía en nuestra doctrina una manifiesta preocupación doctrinal en el establecimiento de una audiencia saneadora de aquellos defectos procesales que, por su concurrencia, impidiesen al juzgador entrar a conocer en el fondo de la litis, y de esta manera resolver de forma definitiva la controversia suscitada entre los litigantes. En este sentido, fueron precursores de la misma DE LA PLAZA (1945), FAIREN en el I Congreso de Derecho Procesal en 1950, o GUASP en el I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal de 1955, o el Proyecto de Profesores de Derecho Procesal de 1970, coordinado por PRIETO CASTRO. Por fin, con precedentes legislativos en el “despacho saneador” del derecho brasileño, y en la audiencia preliminar de la Ordenanza Procesal Civil Austríaca, se recogió, por primera vez, en la reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984, reproduciéndose en la nueva Ley Procesal Civil.

MONTERO AROCA sistematiza de la forma siguiente las características de la audiencia preliminar:

1º) **La audiencia se realiza después de la contestación a la demanda**, frente a otros ordenamientos procesales en los que se prevé su celebración antes de la contestación.

2º) **Es necesaria, debiendo el tribunal convocarla en todo caso**. En el anteproyecto figuraba con carácter no preceptivo, regulándose en el art. 311 los casos en los que podría omitirse su celebración.

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

4º) **No es necesaria la presencia personal de las partes**, pero en tal caso deberán otorgar poder a procurador para renunciar, allanarse o transigir (art. 414.3).

Las partes habrán de comparecer asistidas de abogado.

Si no compareciere a la audiencia ninguna de ellas, el tribunal dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.

Si sólo concurre el demandado y no alegare interés legítimo en que continúe el procedimiento, igualmente se sobreseerá el proceso. Si fuere el demandado quien no concurriera, la audiencia se entenderá con el actor en lo que resulte procedente.

Cuando faltare a la audiencia el abogado del demandante se sobreseerá el proceso, salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del procedimiento. Si faltare el abogado del demandado, la audiencia se seguirá con el demandante. Naturalmente siempre que tal incomparecencia no sea justificada (art. 183, 188 LEC).

Por último, señalar que se convocará igualmente a la audiencia previa incluso aunque ningún demandado se haya personado en el procedimiento, en cuyo caso se entenderá la misma únicamente con el actor.

La **finalidad de la comparecencia** será:

1º) **Intentar la conciliación o transacción** entre los litigantes (artº 415). El art. 517.1, 3ª, otorga fuerza ejecutiva a las resoluciones judiciales que aprueban u homologan transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso. Igualmente en dicho momento cabría el desistimiento del procedimiento aceptado por el demandado, en cuyo caso el Juez dictará auto de sobreseimiento (art. 20).

2º) **Examen y resolución de cuestiones procesales**, con exclusión de las relativas a la jurisdicción y competencia (art. 416.2), que hubo de proponer el demandado en forma de declinatoria según lo dispuesto en el artº 63, dentro de los 10 primeros días del plazo de contestar a la demanda, la cual surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar (art. 64).

Como excepciones procesales, objeto de concreta regulación específica, se pueden alegar las siguientes:

A) **Defectos de capacidad o representación** (artº 418). Si el defecto o falta no es subsanable ni corregible o no se subsanan o corrigen en el plazo de 10 días, se dará por concluida la audiencia dictando auto poniendo fin al proceso. Si el defecto no subsanado afectase a la personación en forma del demandado, se le declarará en rebeldía, sin que de las actuaciones que hubiere llevado a cabo quede constancia en autos. Estos defectos podrán ser apreciados de oficio (art. 9).

B) **Decidir sobre la admisión de la acumulación de acciones** si el demandado se hubiera opuesto a ella (artº 419). El tribunal, oyendo al actor en la audiencia, resolverá oralmente. La audiencia y proceso seguirá con respecto a la acción o acciones que según resolución judicial puedan constituir el objeto del proceso. El Juez, conforme al art. 73.4, podrá apreciar in limine litis la indebida acumulación de acciones.

C) **Resolver la falta del debido litisconsorcio** (artº 420). Alegada por el demandado podrá el actor, en la audiencia, presentar, con las copias correspondientes, escritos dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considere debieran ser sus litisconsortes. Si el tribunal lo estima procedente ordenará el emplazamiento de los nuevos demandados. Si el actor se opusiera a la falta de litisconsorcio el tribunal resolverá oyendo a las partes. Si entendiere procedente el mismo, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo. Transcurrido dicho plazo sin hacerlo se pondrá fin al proceso y se procederá al archivo definitivo. La posibilidad de apreciación de oficio de esta excepción, prevista expresamente en el art. 12.2 de la nueva LEC; deviene indiscutible, en este sentido, como botón de muestra la STS de 18 de junio de 1999 indica que:” la excepción de litisconsorcio pasivo es controlable de oficio por afectar al orden público procesal, conforme consolidada y suficiente reconocida doctrina jurisprudencial”.

La estimación de la mentada excepción procesal, que generaba la absolucón en la instancia del demandado, sin entrar en el fondo de la litis, con la necesidad de planteamiento de un nuevo litigio posterior, en el que sean emplazados los litisconsortes indebidamente omitidos, experimenta un importante cambio, en su tratamiento procesal, tras la reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984, que regula la comparecencia del juicio de menor cuantía con efectos subsanadores (artº 693), que es recogida en una reiterada línea jurisprudencial, cuya primera manifestación se encuentra en la sentencia de 22 de julio de 1991, que señalaba, al respecto, que:

“la apreciación de la falta de litisconsorcio necesario en el curso del proceso, dada la estructura del modelo tipo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juicio ordinario de mayor cuantía, y la misma naturaleza de la excepción íntimamente ligada al tema de fondo, por regla general ha de resolverse como cuestión previa, mas en la sentencia; pero después de la L 34/1984 de 6 agosto, y tras las novedades introducidas en la regulación del juicio de menor cuantía, nada impide y así resulta aconsejable cuando la necesidad del litisconsorcio sea manifiesta, que en el acto de la comparecencia, (art. 693), se proceda a salvar las carencias de este presupuesto preliminar a la entrada de fondo, bien se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez”.

La mentada doctrina es ulteriormente objeto de ratificación en la sentencia de la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal de 14 mayo 1992, que indicaba que:

“en el Derecho actual, según proclaman sentencias de esta Sala, el defecto litisconsorcial puede ser corregido, mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, a cuyo efecto, puede utilizarse la comparecencia obligatoria del art. 693 LEC, de donde se deduce que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolucón de la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación”.

La sentencia de S 18 marzo 1993, vuelve a insistir en la materia, justificando tal posición jurisprudencial, con base en las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido constitucionalmente (art. 24 CE) y con la prohibición de encubrir cualquier “non liquet” sobre el fondo por requisitos de forma que pueden ser sanados (art. 11,3 LOPJ).

En este iter jurisprudencial, en función sistematizadora, la sentencia de 18 de junio de 1994, resume, en estos términos, la doctrina legal:

“Es doctrina de esta Sala (STS 22 julio 1991, 14 mayo 1992 y 18 marzo y 7 octubre 1993) la de que el defecto litisconsorcial puede ser corregido o subsanado utilizando la comparecencia del art. 693 LEC, bien haya sido aducido por las partes, bien se aprecie de oficio por el Juez. 2ª Es, asimismo, doctrina jurisprudencial la de que la facultad del órgano de la instancia de apreciar “ex officio” la excepción de litiscon-

sorcio pasivo necesario ha de entenderse supeditada a que, previamente, ponga de manifiesto a las partes el problema, para apreciar su carencia (S 24 noviembre 1992) y la de que la apreciación tardía (después de celebrada la comparecencia del art. 693) de la excepción de litis consorcio pasivo necesario no puede llevar a una mera absolución en la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación (SS ya citadas antes, de 14 mayo 1992 y 18 marzo 1993)."

Tal doctrina es ulteriormente ratificada en otras resoluciones posteriores, entre las que se encuentra la sentencia de 21 de octubre de 1997, que, con cita de las anteriores decisiones judiciales, vuelve a insistir en el mismo criterio jurisprudencial, sin que suponga un retroceso en tal doctrina la sentencia de 31 de octubre de 1995, que resolvía, un supuesto, de falta de subsanación de un defecto procesal apreciado, pronunciándose al respecto dicha resolución en los términos siguientes:

"También se acusa a la sentencia recurrida de no haber decretado de oficio la nulidad de actuaciones para que se subsanase la falta de aquel presupuesto procesal, y esta acusación se rechaza porque la cuestión litigiosa versó sobre si el recurrente había subsanado o no aquella falta, entendiendo la Audiencia que no se había hecho correctamente. No es lógico interpretar que lo procedente hubiera sido, a continuación, retrotraer las actuaciones al momento de la comparecencia señalado en el art. 693 LEC para una nueva posibilidad de subsanación correcta al cabo de los años transcurridos. El precepto es contrario, pues únicamente permite que se dé un corto espacio de tiempo para la subsanación, dentro del cual se ha de verificar necesariamente (núms. 3 y 4). La interpretación del recurrente, que no se acepta por esta Sala, en resumidas cuentas es que permite una subsanación de una subsanación errónea, lo que llevaría a una dilación insospechada, caprichosa e intolerable de cualquier procedimiento".

Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 22 julio de 1991 y 17 de octubre de 1997 entre otras), las consecuencias que derivan de la apreciación de dicha excepción procesal son:

A) La anulación de las actuaciones procesales retrotrayéndolas al acto de la comparecencia previa, en la cual, deberá otorgarse, un plazo de 10 días a la actora para que presente nueva demanda ampliada subjetivamente a las personas que determine la autoridad judicial para la eficaz integración del contradictorio.

B) La continuación, en su caso, de la tramitación con los nuevos demandados conforme a la ley.

C) Salvaguardar, en virtud del principio de conservación de los actos procesales (artº 242 de la LOPJ), los ya realizados con los demás demandados, esto es, admitiendo escritos, prueba o nuevas conclusiones sólo en relación con los puntos nuevos introducidos en la litis, y participación procesal plena en la actividad alegatoria y procesal del litisconsorte omitido, si se persona en juicio.

D) Resolver, en su día, al eliminarse las ausencias procesales observadas, plenamente sobre el fondo del asunto, con el correspondiente pronunciamiento sobre las costas procesales.

E) En lo concerniente a las costas procesales de primera instancia no procede hacer especial pronunciamiento sobre las mismas, en virtud de que se decreta la nulidad de actuaciones, se conservan los actos procesales practicados, se puede constatar una falta de lealtad procesal al no haberse fundamentado la excepción litisconsorcial por los demandados en momento susceptible de subsanación, y la circunstancia concluyente de que una vez se entre en el fondo de la litis será cuando los juzgadores

habrán de pronunciarse sobre la imposición de referidas costas causadas, según los criterios del artº 523 de la LEC.

Por otra parte, a más abundamiento, así lo entendió el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de junio de 1994, que indica:

“La estimación que acaba de hacerse del presente motivo segundo, hace innecesario el estudio del primero (que se refiere a las costas de 1ª y 2ª instancia, respecto de las cuales, como es obvio, ya no existe pronunciamiento alguno) y también el de los motivos cuarto y quinto, que se refieren al fondo del asunto, respecto del cual no es posible entrar, al decretarse la ya dicha reposición de actuaciones al momento en que se cometió la falta.”.

La mentada doctrina sería perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, en este caso la retroacción procedimental sería a la audiencia previa (art. 420).

D) **Resolución en casos de litispendencia o cosa juzgada** (artº 421). Apreciados por el tribunal se dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de 5 días, auto de sobreseimiento. En otro caso ordenará que prosiga la audiencia. Lógicamente se refiere a la litispendencia y cosa juzgada en sentido negativo (art. 222.1, 2 y 3), no la positiva, que no impedirá la continuación de la misma (art. 222.4). Dada la dicción del art. 421, que dispone: “cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto distinto . . .”, parece que tales excepciones pueden ser apreciadas de oficio, y de esta forma en relación con la litispendencia su control de oficio ha venido siendo admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 8 de marzo de 1991, Ar 2204; 25 de febrero de 1992, Ar 1552; 7 de noviembre de 1992, Ar 9097; 2 de junio y 8 de julio de 1994, Ar 4573 y 6298, 3 de mayo de 1999, Ar 4574 entre otras).

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1998, tratándose de la cosa juzgada, que establece que:

“El motivo no puede prosperar de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala según la cual la excepción de cosa juzgada es apreciable de oficio por el Juzgador y así la sentencia de 23 de marzo de 1990, citada en la de 2 de junio de 1992 establece que “no es preciso su alegación por vía de excepción concretamente, bastando que consten las identidades del artículo 1252 del Código Civil, estableciendo un juicio comparativo con la sentencia anterior; y todo ello bien se considere la función negativa de la cosa juzgada, que supone un efecto preclusivo, traducida en el aforismo “non bis in eadem”, revelado por la existencia de un anterior juicio sobre el mismo objeto, conducente a lo no posibilidad de replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia, reflejando la influencia romana del efecto constitutivo de la “litiscontestatio”, o la función positiva de la cosa juzgada, consistente en la vinculación que produce en los jueces respecto de un fallo futuro, que en caso de conocer de una misma cuestión vendrían vinculados a dictar una idéntica resolución, con el consiguiente efecto prejudicial y cuya utilidad se ve con claridad cuando en un segundo proceso se invoca la cosa juzgada anterior para que sirva de base o punto de partida a la segunda sentencia”; doctrina que igualmente se mantiene en la sentencia de 20 de mayo de 1994 al acoger la excepción de cosa juzgada alegada por el recurrente en la vista del recurso de casación y nacida de la sentencia de esta Sala recaída durante la tramitación del recurso de casación al que puso término esta sentencia de 20 de mayo de 1994”.

E) **Resolución de la excepción de inadecuación de procedimiento por razón de la cuantía** (artº 422). El tribunal oyendo a las partes decidirá oralmente de forma motivada, tomando en cuenta los documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles para calcular el valor del litigio. Característica diferenciadora con el sistema previs-

to en la comparecencia del juicio de menor cuantía (art. 693.1ª LEC) estriba en que no se procede al nombramiento de perito, y el Juez resuelve conforme a los precitados “documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles”, los cuales deberán acompañarse como documento procesal con la demanda o contestación a tenor del art. 264.3, que dispone, que deberán presentarse con dichos escritos, “los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento”. Por último, indicar que la impugnación de la cuantía de la demanda por el demandado se efectuará, en el caso del juicio ordinario, en la contestación a la misma y será resuelta en la audiencia previa al juicio (art. 255.2).

De igual forma resolverá en el caso de **inadecuación del procedimiento por razón de la materia** (artº 423).

En ambos casos cuando se resolviera que procede seguir el juicio verbal el Juez citará a las partes para la vista de dicho juicio, salvo caducidad.

La inadecuación del procedimiento es susceptible de apreciarse de oficio con arreglo al art. 254.

F) **Defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca** (artº 424). En tal caso, el tribunal admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas. En caso de absoluta imposibilidad de determinar en qué consisten las pretensiones de las partes o los sujetos jurídicos frente a los que se formulan, el tribunal decretará el sobreseimiento. Ahora bien, si tal defecto procede de la reconvencción, lógicamente no se sobreseerá el procedimiento y aquella se tendrá por no formulada.

G) **Resolución de circunstancias procesales análogas a las anteriores** (artº 425).

El Juez resolverá las cuestiones suscitadas en la audiencia preliminar oralmente (art. 210), o con posterioridad por medio de auto, dentro de los cinco días siguientes a contar desde su celebración, en los casos en los que se suscitan más de una de las cuestiones antes expuestas (art. 417.2), o cuando la complejidad o dificultad del asunto lo aconseje (art. 420.2 para el litisconsorcio; 421.3 para la litispendencia y cosa juzgada; art. 423.2 para la inadecuación del procedimiento por la materia), en cualquier caso, se evitará su suspensión que continuará para las otras finalidades previstas en la Ley.

3º) En la audiencia previa al juicio, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones, ni los fundamentos de éstas, podrán **efectuar alegaciones complementarias y aclaratorias, añadir peticiones accesorias o complementarias de las ya formuladas, alegar hechos de relevancia acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y contestación, presentando documentos y dictámenes sobre dichos extremos**. El tribunal podrá también requerir a las partes para que realicen aclaraciones o precisiones necesarias.

4º) Las partes habrán de **pronunciarse sobre los documentos y dictámenes presentados**, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo sean ampliados en los extremos que determinen (artº 427). Habrá de estarse con respecto a la impugnación de los documentos públicos y privados a lo dispuesto en los art. 320 y 326 respectivamente.

5º) **Fijación de los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad**. En el primer caso, y si la discrepancia quedase reducida a una cuestión jurídica, el tribunal dictará sentencia dentro de 20 días a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia.

6º) Si no hubiese acuerdo entre las partes, ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la **proposición y admisión de la prueba**. No será

preciso, pues, que las partes soliciten el recibimiento del juicio prueba, sino que el mismo será abierto por el Juez en el caso de que no exista conformidad con respecto a los hechos litigiosos.

Es a los litigantes a quienes compete la proposición de las pruebas pertinentes en defensa de sus recíprocas pretensiones (art. 216); no obstante, en el art. 429. I.II y III se regula un supuesto excepcional, de iniciativa judicial, como corrección normativa a la eliminación de las tradicionales diligencias para mejor proveer del aún vigente art. 340 de la LEC de 1881, y así, cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las mismas, indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En tal caso, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. De cualquier forma, en este supuesto, han de ser los propios litigantes, en virtud de la invitación judicial, los que completen las pruebas propuestas, sin que quepa la práctica de las mismas a instancia del tribunal, y, por otro lado, el momento procesal asignado para que el juez pueda hacer uso de tal posibilidad legal, antes de la práctica de la prueba, y por consiguiente desconociendo su resultado, restará manifiesta eficacia a la misma para apreciar la insuficiencia probatoria sobre hecho relevante en la decisión de la litis, que habrá de decidirse, en consecuencia, al no existir un remedio procesal ulterior para desvanecer las dudas judiciales, al suprimirse las diligencias para mejor proveer por unas diligencias finales con presupuestos distintos y con pérdida de la iniciativa judicial para acordarlas de oficio (art. 435), por el juego de los postulados de la carga de la prueba en detrimento de la justicia material del caso.

Admitidas las pruebas pertinentes y útiles (art. 283 y 285), el tribunal procederá a señalar la fecha del juicio, que deberá llevarse a efecto en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia. Este plazo podrá ser ampliado a dos meses cuando “a solicitud de parte, cuando toda la prueba o gran parte de ella hubiera de realizarse fuera del lugar en que tenga su sede el tribunal que conozca del pleito” (art. 429.3). Por último, cuando, “de manera excepcional y motivada, y por razón de las pruebas admitidas, fuese de prever que el juicio no podrá finalizar en una sola sesión dentro del día señalado, la citación lo expresará así, indicando si la sesión o sesiones ulteriores se llevarán a cabo en el día o días inmediatamente sucesivos o en otros, que se señalarán, con expresión en todo caso de la hora en que las sesiones del juicio hayan de dar comienzo (art. 429.7).

Las partes deberán indicar qué testigos y peritos se comprometen a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal. La citación se acordará en la audiencia y se practicará con la antelación suficiente. También las partes deberán señalar qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial. El tribunal decidirá lo que proceda a ese respecto y, en caso de que estime necesario recabar el auxilio judicial, acordará en el acto la remisión de los exhortos oportunos, dando a las partes un plazo de tres días a los efectos de que presenten, cuando fuere necesario, una lista de preguntas. En cualquier caso, la falta de cumplimentación de tales exhortos no suspenderá el acto del juicio. No será necesario citar para el juicio a las partes que, por sí o por medio de su procurador, hayan comparecido a la audiencia previa.

Cuando la única prueba admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitaren la presencia de peritos en juicio para la ratificación del informe, el tribunal dictará sentencia, sin celebración de juicio, dentro de los 20 días siguientes a la terminación de la audiencia (artº 429).

C) Fase del juicio

La última fase es el juicio, que tendrá por objeto la práctica de las pruebas: declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso, y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Una vez practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos y argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones (art^{os} 431 a 433).

Las partes habrán de comparecer representadas por Procurador y defendidas por Letrado. Si no compareciere en el juicio ninguna de las partes, el tribunal declarará el pleito visto para sentencia. Si sólo comparece una de ellas, se celebrará el juicio.

El juicio comenzará practicándose, conforme a lo dispuesto en los arts. 299 y siguientes, las pruebas admitidas, pero si se hubiera suscitado o se suscitare la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión.

Asimismo, con carácter previo a la práctica de las pruebas, si se hubiesen alegado o se alegaren hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa, se procederá a oír a las partes y a la proposición y admisión de pruebas previstas en el art. 286.

Practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos.

A tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio.

Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos.

En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria.

Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento.

Si el tribunal no se considerase suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones e informes previstos en los apartados anteriores, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique.

D) Sentencia

La sentencia se dictará en el plazo de 20 días, dentro del cual se podrán acordar las diligencias finales del art^o 435. Habrá de estar formalmente redactada con sujeción a las reglas del art. 209, determinando en su caso la cantidad objeto de condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 219 de la Ley. Las sentencias han de ser claras, precisas y congruentes, pudiendo fundarse en normas no citadas por los litigantes siempre y cuando

respeten la causa de pedir (218 LEC). En ella el juzgador habrá de imponer las costas, siguiendo un criterio de vencimiento atenuado y temeridad de la forma señalada en el art. 394 de la LEC.

E) De las diligencias finales

Sustituyen a las denominadas diligencias para mejor proveer, limitando, de forma trascendente, las facultades judiciales para acordarlas (artº 435), pues salvo en el caso excepcional contemplado en el número 2 de dicho precepto, tratándose de “hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos”, sólo se practicarán a instancia de parte, como un complemento a la actividad probatoria de los litigantes. No se da, por consiguiente, la posibilidad al juez de que las acuerde cuando le surjan dudas, en el momento de dictar sentencia, sobre un hecho relevante para el enjuiciamiento de la litis, que deberá solucionar conforme a la reglas reguladoras de la carga de la prueba (art. 217), prevaleciendo en demasía el carácter privado y formal del proceso sobre los postulados de justicia material, lo que a mi juicio no merece un juicio positivo.

La Exposición de Motivos de la LEC se refiere a tal cuestión indicando que: “La Ley suprime las denominadas «diligencias para mejor proveer», sustituyéndolas por unas diligencias finales, con presupuestos distintos de los de aquéllas. La razón principal para este cambio es la coherencia con la ya referida inspiración fundamental que, como regla, debe presidir el inicio, desarrollo y desenlace de los procesos civiles. Además, es conveniente cuanto refuerce la importancia del acto del juicio, restringiendo la actividad previa a la sentencia a aquello que sea estrictamente necesario. Por tanto, como diligencias finales sólo serán admisibles las diligencias de pruebas, debidamente propuestas y admitidas, que no se hubieren podido practicar por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado. La Ley considera improcedente llevar a cabo nada de cuanto se hubiera podido proponer y no se hubiere propuesto, así como cualquier actividad del tribunal que, con merma de la igualitaria contienda entre las partes, supla su falta de diligencia y cuidado. Las excepciones a esta regla han sido meditadas detenidamente y responden a criterios de equidad, sin que supongan ocasión injustificada para desordenar la estructura procesal o menoscabar la igualdad de la contradicción”.

Esta supresión fue criticada, en su día, en el informe al Anteproyecto de la LEC, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, que señalaba al respecto: “Hemos de partir en cualquier caso de la moderación o prudencia que ha de observar en el proceso el Juez, a fin de no incurrir en falta de imparcialidad, favoreciendo con sus decisiones lo que gráficamente ha venido definiendo el Tribunal Supremo como “inadecuada inactividad probatoria de las partes” que puede llegar a romper la obligada posición de neutralidad del juzgador, supliendo la inactividad probatoria de las partes. Sin embargo, de ahí a suprimir la posibilidad de acordar de oficio la práctica de diligencias finales, media una enorme distancia. Hay que pensar que pueden existir para el Juez dudas sobre hechos relevantes para la decisión, fácilmente originadas en la defectuosa o incompleta actividad probatoria de las partes, tenga que concluirse en la sentencia la desestimación de las pretensiones que se amparen en tales hechos. Pensemos que el juego posterior de la institución de la cosa juzgada, impedirá el nuevo planteamiento de la pretensión, y con ello se consolida una solución jurídica que no satisface las justas pretensiones por haber sido defectuosamente acreditadas”, con lo que concluye “el Anteproyecto debería incorporar la posibilidad de que el Juez pudiese acordar la práctica de oficio de todas estas diligencias”.

El Legislador consciente de tal posibilidad pretende paliar la radicalidad del sistema y así se señala en los arts. 429.1 y 443.4.II, que cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las mismas, indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En tal caso, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal. De cualquier forma, en este supuesto, han de ser los propios litigantes, en virtud de la invitación judicial, los que completen las pruebas propuestas, sin que quepa la práctica de las mismas a instancia del tribunal, al que, incluso, se le niega expresamente que, en el acto del juicio, solicite la ampliación del informe por el perito (art. 347.2).

Sin embargo, tal facultad no soluciona el problema apuntado, habida cuenta del momento en el que el juzgador ha de hacer uso de dicha posibilidad legal, que no es otro que en la audiencia previa en el juicio ordinario y en la vista en el verbal, con lo que difícilmente va a poder predecir, al desconocer el resultado de la práctica de la prueba, que se llevará a efecto en momento procesal ulterior, si existe algún vacío probatorio o si se le suscita alguna duda sobre un extremo esencial para la resolución de la litis, que surgirá, tras el detenido examen de la cuestión litigiosa, al tiempo de dictar la correspondiente sentencia que zanje el conflicto. Es frustrante, pues, el encorsetamiento judicial en el formalismo procesal, impidiendo normativamente que una simple diligencia acordada de oficio pueda resolver la insuficiencia probatoria, y, por ende, alcanzar la justicia material del caso, que no deja de ser un valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico con arreglo al art. 9.1 de la Constitución, para lo cual cabría incluso plasmar legislativamente las garantías exigidas por la jurisprudencia para que, al socaire de dicha iniciativa judicial, no se lesionasen preferentes reglas que conforman el juego del proceso civil, y que recuerda, entre otras, la STS de 19 de abril de 1999 (Ar 2588), en los términos siguientes:

“La Cia aseguradora ya citada aduce, como segundo motivo impugnatorio (artículo 1.692-3º) otro supuesto quebrantamiento de forma, al haberse vulnerado, con la admisión de la ya comentada diligencia de prueba, la doctrina jurisprudencial (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1994 y las que esta sentencia cita) los principios de rogación y dispositivo. Mas, del propio examen de la mencionada jurisprudencia, se infiere, con toda claridad que no hay sustitución de la actividad probatoria que correspondiera realizar a las partes, ni se ha intentado, con su práctica, suplir la negligencia de las partes, pues según dice la invocada sentencia “la doctrina de esta Sala, como enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1986 ha construido estas diligencias como un lógico a la vez que necesario complemento de ciertos y concretos extremos del litigio ya que las citadas diligencias habida cuenta su carácter excepcional, además de complementarias y de ir dirigidas únicamente a lograr una mejor aclaración o mas completa certeza de los hechos por el Juzgador deben versar sobre manifestaciones o pruebas que las partes hayan realizado o indicado en el curso de la litis y, finalmente, porque la inactividad en lo que a la aportación de pruebas se refiere, es solo imputable a la parte. De aquí que se imponga moderación en su uso, en evitación, de que, por la diligencia, se sustituya o suplante la negligencia de la parte en cumplimiento de probar los hechos que alegan (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1977). A esta prohibición de suplir la negligencia de las partes aluden numerosas sentencias (sentencias de 21 de febrero de 1950, 14 de junio de 1985, 15 de junio de 1957, 26 de febrero de 1960, 31 de octubre de 1963, 28 de enero de 1972, 2 de junio de 1987, 8 de octubre de 1987, 3 de octubre de 1988, 27 de enero de 1989 y 7 de julio de 1990, entre otras muchas). Como razona la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1990, los jueces

y tribunales no deben abusar de su facultad inquisitiva, ni suplir con ella la inactividad de alguna de las partes y la facultad de acordar diligencias para mejor proveer para que no conculque el principio de rogación en que el proceso civil descansa, impone moderación en su uso en evitación de la dicha suplantación de la actividad probatoria no desarrollada por negligencia de las partes, línea que continua la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992 y otras mas recientes hasta la fecha". Empero, el caso que nos ocupa, reviste todas las características necesarias para calificarlo, de paradigmático, conforme a lo que es el sentido y naturaleza de estas providencias, en cuanto complemento de prueba necesitado, por el órgano, a la vista de las practicadas, como desarrollo y desenvolvimiento de algunos aspectos oscuros de aquellas, a fin de establecer la conveniente claridad sobre los mismos. Por tanto, fenece el motivo".

Volviendo, pues, a su regulación normativa, la LEC señala que se acordarán mediante auto, a instancia de parte, conforme a las siguientes reglas:

1) No se practicarán como tales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del art. 429.

2) Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiere propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.

3) También se admitirán y practicarán las pruebas, que se refieran a hechos nuevos o de nueva alegación.

Sólo se admite su práctica, tanto de oficio como a instancia de parte, en el supuesto excepcional del número 2 del art. 435, antes reseñado.

El procedimiento se regula en el art. 436 LEC, según el cual se llevarán a cabo en el plazo de 20 días, en la forma señalada en la ley para las pruebas de su clase. Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar un escrito en que resumen y valoren el resultado, a partir del cual volverá a correr el plazo de 20 días para dictar sentencia.