

La declinatoria como alegación del demandado

José Bonet Navarro

Profesor ayudante de Derecho procesal. Universitat de Valencia

SUMARIO: Introducción; I. La discusión relativa a la naturaleza de la declinatoria: a) Hasta la derogación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. b) A partir de la promulgación de la «actual» Ley de Enjuiciamiento Civil; II. La declinatoria como tratamiento procesal específico: a) Primer obstáculo: El artículo 533.1 L.E.C. b) Segundo obstáculo: El art. 79.1 L.E.C. c) Consecuencias; III. La declinatoria como alegación no previa: a) Juicio verbal y juicio de cognición; b) Juicios con fuero indisponible y surmisión prohibida.

INTRODUCCION

El estudio relativo al tratamiento procesal de la incompetencia territorial no destaca ciertamente por su novedad. En efecto, desde muchos años atrás hasta fechas bien recientes, los tratadistas han venido ocupándose con relativa insistencia sobre el mismo. Se ha convertido en un tema, podemos decir, clásico.

Ahora bien, de un tiempo a esta parte, se observa una cada vez más patente tendencia en nuestra legislación a fijar la competencia territorial ya no por voluntad de las partes como regla primera (de forma positiva), sino a través de normas de *ius cogens* (de forma imperativa). Es decir, la determinación del juez que territorialmente debe conocer

un concreto asunto, se está convirtiendo paulatinamente en materia de orden público.

A pesar de ello, sin embargo, la nueva regulación no ha venido acompañada de una sustitución o, al menos, modificación en la forma que las partes pueden alegar una infracción a tales normas en el proceso.

Si a lo anterior añadimos que se trata de una cuestión no del todo pacífica en la doctrina, donde el Tribunal Supremo mantiene una postura en ocasiones poco clara y hasta contradictoria, nos parece que escribir unas líneas sobre la declinatoria como alegación del demandado queda plenamente justificado.

L. LA DISCUSION RELATIVA A LA NATURALEZA DE LA DECLINATORIA

No ha sido precisamente poco el esfuerzo realizado por nuestra doctrina en la discusión relativa a la naturaleza de la declinatoria, bien sea como excepción, bien como incidente (de especial y previo pronunciamiento). En el centro de esta disputa se ha encontrado: 1.º La interpretación del multívoco término «incompetencia de jurisdicción» que ha venido utilizando nuestra Ley (especialmente arts. 533.1 y 1.464.11 L.E.C.); 2.º El tenor del art. 79.1 del mismo texto legal, según el cual, «las declinatorias se sustanciarán como excepciones dilatorias, o en la forma establecida para los incidentes». De este último precepto se ha llegado a decir recientemente que hasta el momento nadie había ofrecido una interpretación razonable y fundada (1). En todo caso, es el que mantiene todavía hoy viva la discusión.

A nuestro juicio, la referida problemática es consecuencia de un cúmulo de históricos errores legislativos y, consecuentemente, doctrinales, que tienen su culminación en el mantenimiento del art. 79 de la L.E.C. Así:

A) Hasta 1881. La situación era relativamente clara. Los proceduralistas de la época entendían que la falta de competencia territorial era una circunstancia que el demandado podía alegar en su defen-

sa, esto es (siempre según ellos y utilizando la terminología de la época) una excepción» que se incluía en el concepto genérico de incompetencia de jurisdicción.

Olvidaban, sin embargo, dar importancia al hecho de que debía alegarse con carácter previo so pena de sumisión lácita. De aquí parte, creemos, el principal error.

B) Desde 1881. La situación cambia radicalmente. Básicamente con la introducción de los artículos 72, 114 y 115 en la L.E.C., es decir, de un tratamiento procesal específico para la falta de competencia territorial.

Pero se cometen, por inercia histórica, dos errores legislativos básicos: 1.º) Mantener inalterada la redacción del antiguo art. 237.1 de la L.E.C. de 1855 en el actual 533.1 L.E.C., así como en el 1.464.11; 2.º) Introducir el antes citado artículo 79 L.E.C.

Pasará bastante tiempo para que la doctrina mayoritariamente se percate del error. Solamente encontramos pronunciamientos uniformes y contundentes tras la reforma del año 1984, en la que con muchísimos años de retraso se palia parcialmente aquella situación, mediante la sustitución del tenor del art. 533.1 L.E.C. por otro, como veremos, más claro.

A) HASTA LA DEROGACION DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855

Desde que la incompetencia («si emplazasen alguno deláte de tal jugador, de cuyo fuero non fuesse») se regulara en las Partidas como una especie de excepción dilatoria, bajo el título general de «Por quales defebiones se puede escusar el demádo de nõ responder a la demanda» (2), hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la alegación de la falta de competencia territorial ha sido considerada exclusivamente como excepción dilatoria o previa y, con mayores dudas, como perentoria o en la contestación a la demanda.

La opinión de la doctrina anterior y posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 era prácticamente unánime respecto al carácter de excepción correspondiente a la declinatoria. Por ejemplo, anteriores a la

(2) Ley 9, Título 3, Partida 3: (...) «defensiones (...) que son de tal natura, que aluengan el pleyto, e non lo rematan. E llaman las en latin dilatorias, que quiere tanto dezir, como alongaderas». Título 4, Ley única del Ordenamiento de Alcalá; Libro 4, Título 5 Ley 1 de la Nueva Recopilación; Libro 11, Título 7, Ley 1 de la Novísima Recopilación.

(1) ARSENIO CRISTÓBAL Y F. PORTAL, «Sustanciación de las cuestiones de competencia por declinatoria. Trámite incidental ordinario siempre (el art. 79-1 de la L.E.C.)», *Revista de Derecho Procesal*, 1992, pág. 245.

promulgación de la L.E.C. de 1855, DE TAPIA (3), JAUMAR Y CARRERA (4), o RODRÍGUEZ (5). Posteriores MANRESA, NAVARRO, MIOQUEL Y REUS (6), DE VICENTE Y CARAVANTES (7), ORTIZ DE ZÚNIGA (8), o FERNÁNDEZ DE LA RÚA (9).

Pero ello no podía suponer la exclusión de la vía incidental puesto que los conceptos y trámites de una y otra forma no se encontraban, ni lo habían estado nunca, lo suficientemente deslindados. Conforme a la regulación entonces vigente, puede afirmarse que el procedimiento correspondiente a las excepciones dilatorias y el trámite incidental no eran esencialmente distintos (10).

Por otra parte, a pesar de dicha consideración, la posibilidad de ser alegada en la contestación a la demanda quedaba excluida, debiendo

(3) E. DE TAPIA, *Manual de práctica forense en forma de diálogo, con el correspondiente formulario de pedimentos*, 4.ª ed., Madrid, 1832, págs. 12-14.

(4) J. JAUMAR Y CARRERA, *Práctica forense arreglada a las leyes y decretos vigentes al estilo de los tribunales españoles de ambos hemisferios*, Barcelona, 1840, págs. 23 y ss.

(5) J. M. RODRÍGUEZ, *Instituciones prácticas o curso elemental completo de práctica forense*, I, 3.ª ed., Sevilla, 1847, pág. 95.

(6) J. M. MANRESA Y NAVARRO, I, MIOQUEL, Y J. REUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*..., I, Madrid, 1856, pág. 322. Idem., II, pág. 110.

(7) J. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, I, Madrid, 1856, pág. 321.

(8) M. ORTIZ DE ZÚNIGA, *Práctica general forense*, I, 6.ª ed., Madrid, 1870, página 503.

(9) V. FERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1856, pág. 136. Idem, II, Madrid, 1856, pág. 129.

(10) Para comprobarlo no hay más que considerar las circunstancias siguientes: a) En la normativa entonces vigente no existía disposición alguna que regulara específicamente los trámites de la declinatoria como ocurre actualmente. El Título II del Libro I (arts. 82 a 119 L.E.C. 1855) no incluía referencia específica a la tramitación de la declinatoria, únicamente se limitaba a prever la posibilidad de su promoción ante el Juez que se considere incompetente (párrafos 1.º y 3.º del art. 82). Cualquiera otra referencia a la misma se encontraba en las normas generales relativas a las cuestiones de competencia (artículos 83, 84, 98 y siguientes), pero siempre omitiendo cualquier alusión a su forma de sustanciación;

b) De la comparación de lo dispuesto por los artículos 239 a 250 L.E.C. 1855, con los correspondientes arts. 337 a 350 del mismo texto legal, referentes a las excepciones y a los incidentes respectivamente, se observa que ambos trámites son idénticos, existiendo pocas y no esenciales diferencias. Solamente se producía en el primer supuesto un claro acortamiento de los plazos, así como la necesidad, conforme al art. 239.1 L.E.C. 1855, de proponer la excepción dentro de los seis días desde la notificación de la providencia en que se mandaren entregar los autos para contestar a la demanda. Lógicamente, para el inicio del procedimiento común incidental no se prevé momento adecuado.

ser siempre previa su proposición (11). Ya GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (12), aun compartiendo el criterio general de la doctrina, se dan cuenta que la «excepción» de incompetencia de jurisdicción se distingue del resto en cuanto debía necesariamente alegarse antes de la contestación a la demanda, sin posibilidad, debido a la producción de la sumisión tácita, de su planteamiento junto a las excepciones perentorias. Así, afirman que se trata de «excepción que debe alegar antes de contestar a la demanda, pues que si contesta, y el juez que le cita es de la jurisdicción ordinaria, se sujeta a él por sumisión tácita».

Puede decirse que en realidad no nos encontrábamos ante una verdadera excepción dilatoria hasta sus últimas consecuencias, pues no eran de aplicación normas como las contenidas en los arts. 239.2 y 240, que eran o deberían haber sido de aplicación general para todas esas excepciones.

Como se observa, el problema clave se centraba en si la incompetencia territorial podía alegarse en la contestación a la demanda junto al resto de excepciones cuando no se establecía trámite específico en juicios distintos al de mayor cuantía. Las soluciones posibles a este respecto habían sido desde antiguo diversas. DE VICENTE Y CARAVANTES (13) comenta y se refiere a algunas de éstas, como: a) Similar a las de las excepciones dilatorias en juicio de mayor cuantía como artículo de previo pronunciamiento; b) Exclusiva posibilidad de plantear inhibitoria; c) Junto a las excepciones perentorias en la contestación a la demanda; d) En cualquier momento cuando se trataba de competencia impropio; e) Resolución del Juez en el momento de recibir el pleito a prueba cuando no se requiere prueba o ya se ha justificado con los documentos presentados.

Para este último autor, la razón fundamental para excluir la posibilidad de plantear la falta de competencia territorial (fuera o no impropio) (14), con posterioridad a las excepciones perentorias o inclu-

(11) J. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales*..., cit., págs. 270 y ss.

(12) P. GÓMEZ DE LA SERNA Y J. M. MONTALBÁN, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, I, 3.ª ed., Madrid, 1861, pág. 128.

Anteriormente ya se había hecho referencia a esta circunstancia (en base a lo dispuesto en la ley 32, tít. 2.º, p. 3.ª), entre otros, J. M. RODRÍGUEZ, *Instituciones prácticas o curso elemental completo de práctica forense*, cit., pág. 95.

(13) J. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales*..., cit., págs. 443 y ss.

(14) Nuestra opinión al respecto, como más adelante veremos, es que el criterio de economía procesal, aun siendo válido cuando se trata de competencia prorrogable, no lo es tanto cuando razones de orden público imponen normas de distribución territorial de competencia cuya naturaleza de *ius cogens* habrá de traer

so junto a las mismas, son los inconvenientes consecuencia de los gastos y dilaciones inútiles que se causan a las partes por la nulidad de los procedimientos (15).

De este amplio período legislativo pueden realizarse esquemáticamente las siguientes afirmaciones:

- 1.º El concepto «incompetencia de jurisdicción», del art. 237.1 L.E.C. 1855, incluía en su ámbito la falta de competencia territorial.
- 2.ª La alusión prácticamente unánime de la doctrina a la declinatoria como excepción se refería más bien a una remisión a trámite, esencialmente igual que el de los incidentes, sin que su régimen o naturaleza quedara necesariamente equiparada a la del resto de excepciones.
- 3.ª La «declinatoria-excepción» debía alegarse con carácter previo, porque en caso contrario se produciría sumisión tácita.
- 4.ª Los errores legislativos y doctrinales parten ya de este período.

B) A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DE LA «ACTUAL» LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La promulgación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no produce aparentemente modificaciones sustanciales en esta materia. Se limita a transcribir literalmente el punto 1.º del antiguo artículo 237 en el correspondiente art. 533.1 de la nueva L.E.C. En principio no había razón para que los autores, por la simple variación de la numeración en el articulado relativo a las excepciones dilatorias, cambiaran de opinión respecto a la inclusión de la falta de competencia territorial en su ámbito (16).

Existía coincidencia en que el punto 1.º del artículo 533 L.E.C. se integraba por dos ámbitos fundamentales; por un lado, el relativo a la jurisdicción; por otro, a la competencia en sus tres criterios (objetivo, funcional y territorial). PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ (17) afirmaba que en ese aparejadas consecuencias más graves en caso de inobservancia de las que en otro caso corresponderían.

(15) J. DE VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales...*, cit., pág. 446.

(16) Por ejemplo, F. RIVES Y MARTI y D. ORTIZ Y ARCE, *Organización de Tribunales y Leyes de procedimiento*, 3.ª ed., Madrid, 1922, pág. 202, rotundamente afirman tras la promulgación de la nueva L.E.C. que la declinatoria es excepción dilatoria.

(17) L. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de derecho procesal civil*, I, Pamplona, 1982, pág. 827.

precepto, «hay que estimar comprendida la falta de jurisdicción, la falta de competencia, bien sea ésta la territorial (que también se denuncia por vía de la declinatoria y de inhibitoria), bien sea la funcional u objetiva». SERRA DOMÍNGUEZ (18) consideraba este criterio acertado, pero excesivamente amplio porque (respecto a la incompetencia por la cuantía) sólo puede fundar una excepción dilatoria la inidoneidad del tipo de proceso elegido si entraña asimismo un cambio en la competencia objetiva.

De este modo no es extraño que los autores mayoritariamente continuaran afirmando que la alegación de la falta de competencia territorial ante el órgano que se considera incompetente es (genéricamente) excepción. Podemos citar en esta línea, además de los ya mencionados, entre otros, a ORTIZ Y ARCE (19), DE PINA (20), GUASP DELGADO (21), DE LA PLAZA (22), LORCA GARCÍA (23), GÓMEZ ORBANEJA (24), PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ (25) o SERRA DOMÍNGUEZ (26).

Por su parte, la identidad de trámites correspondientes a las excepciones y a los incidentes a que anteriormente hemos hecho referencia, queda confirmada por la sustitución que la nueva Ley de Enjuiciamiento realiza de los antiguos artículos 241.2 a 247 L.E.C. 1855 por el párrafo 2.º del 537 L.E.C. 1881, según el cual una vez evacuado por tres días el traslado al actor del escrito en que se propongan excepciones «se sustanciará y decidirá el artículo en la forma establecida para los incidentes». En este sentido, siempre considerando que la declinatoria es excepción, afirmaba REUS (27) respecto al art. 79 L.E.C. en relación al

(18) M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Concepto de incompetencia de jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 348.

(19) D. ORTIZ Y ARCE, *Procedimientos judiciales*, Madrid, 1926, pág. 58.

(20) R. DE PINA, *Manual de derecho procesal civil*, 1.ª ed., Madrid, 1936, página 149.

(21) J. GUASP DELGADO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1943, pág. 405. Idem, II, 1.º, Madrid, 1945, pág. 297.

(22) M. DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, II, 1.ª, 3.ª ed., Madrid, 1955, págs. 146-147, incluye la declinatoria en la excepción 1.ª del art. 533 L.E.C.

(23) J. LORCA GARCÍA, *Derecho procesal civil, parte general*, Cuenca, 1972, pág. 401.

(24) E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, I (con V. HERCE QUEMADA), 6.ª ed., Madrid, 1976, pág. 278.

(25) L. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de derecho procesal civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*, cit., pág. 827.

(26) M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Concepto de la incompetencia de jurisdicción en nuestro derecho positivo», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., págs. 350-351.

(27) E. REUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, concordada y anotada con gran extensión...*, I, Madrid, 1907, págs. 154-155 y 749-750.

Igualmente, M. MIGUEL Y ROMERO, *Derecho Procesal Teórico (Procedimientos judiciales)*, II, Madrid-Valladolid, 1934, págs. 128-129. Aunque afirma que «Esta excep-

artículo 537 del mismo texto legal, que «siempre llegará un instante en que hayan de tramitarse como los incidentes (...) porque desde el instante en que haya de verificarse el recibimiento a prueba o en que haya de mandarse traer los autos, es desde el que el artículo de excepciones dilatorias habrá de tramitarse con arreglo a lo determinado para los incidentes».

Se ratifica lo que ya se vislumbraba en la anterior regulación, esto es, que la única diferencia a estos efectos entre excepción dilatoria e incidente radicaba en el momento de proposición (28). Debiéndose entender sólo en este sentido la introducción de un precepto como el 79 L.E.C., en el que no parece importar que la declinatoria se sustancie como excepción dilatoria o en la forma establecida para los incidentes.

Pero tanto los preceptos citados como la doctrina que los interpreta, no son más que el paradigma de los errores legislativos y doctrinales a que nos hemos venido refiriendo y que son fruto de una inercia acrítica en el devenir histórico. Tan tajante afirmación la fundamos en lo siguiente:

1.ª La consecuencia inmediata de la estimación en juicio de la declinatoria no es la general de las excepciones de absolución en la instancia, sino la remisión de los autos al órgano jurisdiccional que territorialmente sea competente (art. 72.3 L.E.C.) (29).

ción, que afecta a la capacidad jurisdiccional del juez, no es otra cosa que la cuestión de competencia por declinatoria, regulada en los arts. 72, 73 y 79 de la L.E.C., pudiéndose fundarse en (...) el domicilio del demandado, que es también fuente de competencia», en la pág. 477 este autor considera que se trata de un incidente.

(28) La excepción ha de ser propuesta dentro de los seis días según el artículo 535.1.º sin posibilidad de serlo contestando a la demanda, como prevé el apartado 2.º del referido artículo, al producirse sumisión tácita ex art. 58.2 del mismo texto legal. En cambio, el incidente no tiene momento adecuado.

De esa forma, S. LÓPEZ-MORENO, *Principios fundamentales del Procedimiento Civil y criminal*, I, Madrid, 1901, págs. 545-546 está en condiciones de afirmar que la «excepción de incompetencia puede proponerse por inhibitoria o por declinatoria», añadiendo a continuación que «La declinatoria se tramita como los incidentes»; por su parte, M. FÁBRICA y CORTÉS, *Lecciones de procedimientos judiciales*, 2.ª ed., Barcelona, 1921, pág. 308, considera que «En lo civil, la declinatoria es una de las excepciones dilatorias, que debe proponerse necesariamente dentro de los seis primeros días del término concedido para contestar a la demanda». Idem, *Lecciones de práctica forense*, 2.ª ed., Barcelona, 1921, pág. 31.

(29) Por ejemplo, M. DOMÍNGUEZ y R. DE PINA, *Procedimientos judiciales*, 1.ª ed., Madrid, 1931, pág. 122. Puede decir sin resultar problemático que «Si se utiliza la declinatoria se acude al Tribunal que se supone no es competente, para que se absuelva de seguir conociendo del asunto y remita, los autos, al que se cree competente. Es una de las excepciones dilatorias (art. 533 de la Ley), la llamada incompetencia de jurisdicción, con una técnica bastante discutible», J. M. MARTÍNEZ-CARRASCO Y

Es destacable que esa circunstancia, ya vigente en el anterior período, no fuera entendida nunca incompatible con la afirmación de la declinatoria como excepción. Es decir, no llama la atención a los autores que la finalidad de esta «excepción» no sea dejar incontestada la demanda o, cuando no puedan proponerse como previas, conseguir una resolución absolutoria de la instancia, sino que, lejos de ello, se pretenda contestar, aunque sea ante el Juez competente.

2.ª Se introducen novedades significativas en la regulación positiva de las cuestiones de competencia que no se tienen en cuenta, como son los nuevos arts. 73 a 76, el discutido art. 79.1 así como los arts. 114 y 115 (30).

II. LA DECLINATORIA COMO TRATAMIENTO PROCESAL ESPECÍFICO

Los nuevos preceptos establecen unas características de la declinatoria que vienen a diferenciarla de las que son propias a las excepciones. A grandes rasgos: a) Tiene como finalidad que se conteste ante Juez competente (art. 72) (31); b) Suspende siempre el juicio (art. 114);

c) Las actuaciones que se hayan practicado hasta la decisión de las competencias son válidas sin necesidad de ratificación (art. 115); d) Alguien autor añade la facultad de plantearlo en momento distinto al de la excepción, especialmente con posterioridad a la preclusión de su

RÓDENAS «La declinatoria por incompetencia», *R.D.P.*, 1954, págs. 621-622, además de considerar la declinatoria como excepción apunta que la consecuencia de su estimación no sería la de una sentencia de absolución en la instancia, sino un auto en el que se declarará la incompetencia y se mandará remitir el proceso al competente, con emplazamiento de las partes, para que la cuestión material se resolviera por Sentencia.

(30) Los antiguos arts. 82 a 85, se transcriben de forma más o menos literal en los nuevos arts. 72, 77, 78, 79-2.º y 85 de la nueva Ley.

Por otra parte, esta regulación ha sufrido muy pocas modificaciones, en el texto actual de las disposiciones que nos interesan, se añade el párrafo 3.º del art. 74 (introducido por Ley 34/1984 y actualizado por la 10/1992). Se da nueva redacción al art. 84 (Ley de 1984) por la que se elimina el límite cuantitativo que se fijaba en la redacción original en 250 pesetas.

(31) Ya hemos visto cómo esta primera nota distintiva no es novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pues el precepto es copia literal del antiguo art. 82.

alegación (art. 76 L.E.C. a *sensu contrario*) (32), pero es una posibilidad no admitida mayoritariamente, pues se insiste en la condición previa del incidente, reservándose su aplicación exclusivamente a supuestos de declaración de rebeldía.

La referida sustantividad no predicable del resto de excepciones enumeradas en el artículo 533 L.E.C., permite vislumbrar que la declinatoria no es en sentido estricto una excepción. Pero el reconocimiento de que se trata de un cauce específico no se produce de inmediato debido a los errores legislativos a que nos hemos referido antes, y en especial a dos obstáculos legislativos: El art. 533.1 y el 79.1 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A) PRIMER OBSTÁCULO: EL ARTÍCULO 533.1 L.E.C.

Ya hemos visto como desde antiguo la falta de competencia territorial era considerada una excepción que se comprendía en el ámbito del término «incompetencia de jurisdicción» del artículo 533.1 L.E.C. Serán muy pocos los autores que con anterioridad a la reforma de 1984 excluyan de forma terminante la falta de competencia territorial del ámbito del artículo 533.1 L.E.C. Únicamente —que conocemos— a mediados del presente siglo BELLÓN GÓMEZ, y CASES (33). Aunque no era tan claro que en cualquier caso fuera de aplicación lo previsto en el 535.2 del mismo texto legal.

Actualmente y a pesar de que se mantengan algunas opiniones en contrario (34), atendida la regulación introducida con la actual Ley de

(32) Nos referimos a J. LUQUE ALDABAL, *Sobre la tramitación de la cuestión de competencia por declinatoria en el proceso de cognición, Consultorio, III*, Pretor, 1954, págs. 57.

(33) I. BELLÓN GÓMEZ, *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*, I, Madrid, 1941, pág. 215; Así como, A. CASES, *Motivos de derecho procesal*, Madrid, 1948, págs. 132-133.

(34) Por ejemplo, F. RAMOS MÉNDEZ, «De las excepciones dilatorias», en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coor. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), Madrid, 1985, pág. 500, afirma respecto de la reforma operada en 1984 del artículo 533.1 L.E.C., que la falta de competencia territorial «Junto con la falta de jurisdicción en sentido estricto es el núcleo de la excepción, a pesar de que la errónea literalidad de la reforma pretenda dar a entender lo contrario». El mismo autor en *Decreto Procesal Civil I*, 5.ª ed., Barcelona, 1992, pág. 1992; En esta línea P. GONZÁLEZ GRANDA, *Extensión y límites de la jurisdicción española. Análisis sistemático del artículo 22 de la L.O.P.J.*, Barcelona, 1992, págs. 309-317; también F. GÓMEZ DE LIANO, *El Proceso Civil*, 2.ª ed., Gijón, 1992, pág. 107; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal, I, I, Parte General. Proceso Civil I*, 5.ª ed., (con V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CASTENA, J. ALMAGRO NOSETE), Valencia, 1991, pág. 393.

Enjuiciamiento Civil y con claridad a partir de la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en que se sustituye el anterior término del art. 533.1 L.E.C. por el de «falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional» (35), ya no es sostenible en modo alguno que la falta de competencia territorial pueda ser introducida en juicio declarativo ordinario como excepción en el sentido del art. 533.1 L.E.C. con todas sus consecuencias. A lo sumo, debido a la letra del art. 79.1 L.E.C., podrá decirse que la Ley aprovecha su tramitación procedimental para la sustanciación (36). Lo que en definitiva no significará más que debe proponerse en los seis primeros días desde el siguiente al de la providencia en que se mande contestar a la demanda, sustanciándose y decidiéndose en la forma establecida para los incidentes (arts. 535.1 y 537.2 L.E.C.).

Sin embargo, atendiendo al mantenimiento del tenor literal del punto 11 del art. 1.464 L.E.C., referido todavía a «incompetencia de jurisdicción», en el juicio ejecutivo la cuestión no ha quedado definitivamente resuelta.

B) SEGUNDO OBSTÁCULO: EL ARTÍCULO 79.1 L.E.C.

La regulación contenida en la sección 3.ª, título II, libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tras la reforma de 1984, pretende configurar

(35) En esa línea, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, también redactó de nuevo el art. 538.1 L.E.C., sustituyendo el término «declinatoria» del texto original (herencia a su vez del antiguo art. 248 L.E.C. 1855) por el nuevo «falta de jurisdicción o de competencia».

(36) Cfr. J. L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, I, 4.ª ed., (con MONTERO ORTELLS), cit., pág. 382.

ARSENIÓ CRISTÓBAL y F. PORTAL, *Sustanciación de las cuestiones de competencia por declinatoria: Trámite incidental ordinario siempre*, cit., págs. 251-252, lleva más allá los efectos de la modificación del art. 533.1 L.E.C. entendiendo que la declinatoria como excepción queda destruida, erradicada, y la declinatoria-cuestión de competencia, la mantiene. Por ello, este autor lamenta que no se hubiera dado nueva y congruente redacción al art. 79.1 de la forma siguiente: «Las declinatorias se sustanciarán en la forma establecida para los incidentes.» En nuestra opinión, es discutible esta interpretación en la medida que lo es la lectura del art. 79.1 que concluye en la dicotomía disyuntiva, puesto que no es claro que cuando se alude a excepción dilatoria e incidente, no se esté refiriendo a lo mismo. Igualmente, a pesar de que algunos autores, por ejemplo, PEDRO NAVARRO (ver *infra* en la nota 47) se hayan pronunciado expresamente a favor, es dudoso que la declinatoria haya sido en algún momento una excepción dilatoria con todas sus consecuencias, es decir, que haya podido ser planteable en algún momento como perentoria.

la declinatoria como una «cuestión de competencia» que se tramitará por los incidentes de previo y especial pronunciamiento (37).

Pero algunos autores, fundamentalmente con base en el art. 79.1 L.E.C., mantienen contrariamente que se sigue tratando de una excepción (38). Ahora bien, a nuestro juicio, no se podrá llegar a esta conclusión si tenemos presente que el art. 79.1 L.E.C. no es más que la constatación de que, como se infiere de lo dispuesto por el art. 537.2 L.E.C., excepción e incidente han sido siempre lo mismo desde una perspectiva procedimental. Es decir, que el artículo 79.1 L.E.C. se refiere a un trámite, idéntico, para alegar la incompetencia territorial: el de las excepciones dilatorias o, lo que es lo mismo, el de los incidentes. Sin que en modo alguno sea definidor de la institución jurídica que conocemos como declinatoria.

Aun siendo así, los problemas surgían cuando se pretendía la aplicación del mismo precepto en los juicios distintos al de mayor cuantía. Para éstos no había sido pensado cuando se redactó, pues en dichos juicios no existe la posibilidad de articular ningún género de excepción dilatoria.

La alternativa resulta ser en esos casos triple: 1.º) Se entendía que la declinatoria no era alegable en los juicios distintos al de mayor cuantía (ni al ejecutivo ex art. 1.464.11 L.E.C.); 2.º) Que, en virtud del art. 535.2 L.E.C., en aquellos juicios podrá ser alegable contestando a la demanda; 3.º) Que el meritado art. 79.1 L.E.C. no contiene una dicotomía explicativa o de identidad de trámites, sino disyuntiva o de independencia de los mismos. La lectura del mismo sería algo así como: *las declinatorias se sustanciarán como excepciones dilatorias en el juicio de mayor cuantía o, lo que es distinto, en la forma incidental en el resto de juicios.*

(37) De la regulación contenida en los arts. 72 y ss. L.E.C. es lo que se desprende. Como más adelante veremos (ver *infra* en la pág., nota 51), verdaderamente se trata de un instrumento con el cual, en su caso, puede ser provocada una cuestión de competencia.

(38) Ver *supra* en la nota 34. Además, muy recientemente, ya escrito este trabajo, E. ESTEBAN CASTILLO, «Aspectos procesales de la cuestión de competencia por declinatoria (incompetencia territorial)», *Actualidad Civil*, 1994, núm. 15, págs. 255-276. A nuestro juicio, este autor incurre al menos en dos errores gravísimos: 1.º) Confusión entre los conceptos jurisdicción y competencia, pues no de otro modo puede afirmar que la reforma del art. 533.1 L.E.C. «amplía y no restringe la redacción anterior»; 2.º) Errónea interpretación del art. 79.1 L.E.C. Como vamos a intentar poner de manifiesto en estas páginas, el precepto citado no establece verdaderamente dos modalidades sobre la sustanciación.

Esta última es la que empieza a admitirse por la doctrina. Todavía sin negar la posibilidad de alegación de la declinatoria como excepción, algunos autores afirman de un modo o de otro la procedencia de la forma incidental como institución más o menos independiente (39). Apenas iniciado el presente siglo, PÉREZ Y ARDA (40) afirmará que «el legislador creó dos moldes para ventilar las declinatorias: uno, mediante el cual la declinatoria se ventila de manera autónoma, por sí y ante sí, sin la menor dependencia con el fondo del asunto (la forma establecida para los incidentes), y otro, según el que, la declinatoria se liga, subordina y subordina al fondo mismo de la cuestión, corriendo a la par que ella hasta el momento de la resolución definitiva (la forma de excepción, invocada en la contestación a la demanda)».

Entre los que, aun sin negar mayoritariamente la calidad de excepción que corresponde a la declinatoria, se manifiestan a favor de la posibilidad de articular la declinatoria como incidente, se encuentran además MARÍN BONILLA (41), LUQUE ALDABAL (42), CARLOS VIADA (43), PEDRO NAVARRO (44), GUTIÉRREZ DE CABIEDES (45), INFANTE MERLO (46).

Por este camino, una vez independizados los trámites citados por el art. 79 L.E.C., quedan abiertas las puertas para la alegación de la falta

(39) Entre otros, E. AGUILERA DE PAZ y F. P. RIVES MARTÍ, *El derecho judicial español*, II, Madrid, 1923, págs. 291-2; M. MIGUEL Y ROMERO, y C. DE MIGUEL Y ALONSO, *Derecho Procesal Práctico*, I, 11 ed., Barcelona, 1967, pág. 107.

(40) E. PÉREZ Y ARDA, «Excepción de incompetencia de jurisdicción», *R.G.L.J.*, 1928, julio, pág. 8. Mantiene el principio de economía procesal como argumento entre otros, para excluir la aplicación del art. 115 L.E.C. cuando se ejercite la excepción de incompetencia de jurisdicción.

(41) R. MARÍN BONILLA, *Derecho Procesal*, Madrid, 1928, págs. 232-233.

(42) J. LUQUE ALDABAL, *Sobre la tramitación de la cuestión de competencia por declinatoria en el proceso de cognición*, cit., págs. 56-58, se basa en general en los arts. 76, 114 y 115 L.E.C., específicamente para el juicio de cognición en una interpretación adecuada del art. 741 L.E.C.

(43) C. VIADA, *Declinatoria*, N.E.J. *Seix*, VI, Barcelona, 1954, págs. 290-293, se refiere únicamente a lo dispuesto en el art. 79 L.E.C.

(44) P. NAVARRO, «La incompetencia de jurisdicción por declinatoria en los juicios de menor cuantía», *R.J.C.*, 1972, págs. 389-98, en función a los arts. 79, 687 y 741 y ss. L.E.C.

(45) E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «La declinatoria, la incompetencia de jurisdicción y las excepciones dilatorias», *La Ley*, 1980, págs. 391-394, en los arts. 72, 114 y 115 L.E.C.

(46) J. L. INFANTE MERLO, *Declinatoria de jurisdicción*, cit., págs. 57-68, se apoya en el principio de economía procesal, en una interpretación adecuada el art. 687 L.E.C. en función a que la incompetencia de jurisdicción constituye una falta de presupuesto procesal subjetivo, y en las ventajas de su interpretación para las partes.

de competencia territorial en manera distinta a la forma de las excepciones dilatorias propiamente dichas. Pudiéndose articular en la forma de las excepciones perentorias tal y como se prevé en el art. 535.2 L.E.C. Aunque esta última posibilidad sí resultará incompatible con las especiales características contenidas en los arts. 72 y ss. del mismo texto legal. De esta manera, con fundamento en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo (Ss.T.S., 20 de enero de 1933, y 21 de marzo de 1963) se llega a decir que la declinatoria tiene en el juicio de mayor cuantía tres modalidades de sustanciación: a) Como excepción dilatoria propia (art. 533,1 L.E.C.); b) Como excepción dilatoria desnaturalizada (art. 535.2); y c) Como incidente (arts. 79, 741 y ss.). En el juicio de menor cuantía, con base en lo dispuesto en el art. 687 L.E.C., sólo tendrían cabida las dos últimas modalidades citadas (47).

A nuestro juicio, el rumbo estaba perdido, sencillamente porque se olvidaba que la declinatoria no es, ni había sido nunca, una excepción dilatoria (ni mucho menos perentoria). El artículo 79.1 L.E.C., aunque en forma equívoca, lo que siempre había dicho es algo así como que *las declinatorias se sustanciarán en la forma establecida para los incidentes pero sólo pudiéndose proponer dentro de seis días, contados desde el siguiente al de notificación de la providencia en que se mande contestar a la demanda (como excepción dilatoria)*.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES (48) tomará una dirección más adecuada, recordándonos las especialidades derivadas de los citados arts. 72, 114 y 115 L.E.C., y concluyendo que la naturaleza de la declinatoria y de la excepción es distinta y por ello «el procedimiento de las dilatorias solamente se utilice para sustanciar la declinatoria en los casos en que dicho procedimiento sea previo. En los demás habrá que acudir a la forma establecida para los incidentes (...) deberá ser un incidente de previo pronunciamiento».

(47) Cfr. P. NAVARRO, *La incompetencia de jurisdicción por declinatoria en los juicios de menor cuantía*, cit., págs. 390 y 392; En la misma línea F. SOYO NIETO, «La cuestión de competencia por declinatoria y el juicio ejecutivo», *R.J.C.*, 1958, páginas 640-647, para el que las modalidades de planteamiento serán dos: como incidente especial, y como excepción dilatoria, con aplicación de lo dispuesto en el art. 535 L.E.C., es decir, en su caso también como perentoria; Por su parte, C. VIADA, «Declinatoria», cit., pág. 292, afirma que en los juicios distintos al de mayor cuantía «la declinatoria debe utilizarse siempre unida a las demás excepciones y ser resuelta en la sentencia, y tan sólo si la parte acude al juicio después de pasada la oportunidad de alegar excepciones, puede utilizarse el incidente de competencia con el carácter de previo».

(48) E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La declinatoria, la incompetencia de jurisdicción y las excepciones dilatorias*, cit., pág. 394.

Puede decirse que si erróneo fue introducir el artículo 79.1 L.E.C. en los términos vistos, todavía lo es más mantener el tenor literal del mismo una vez modificado el correspondiente art. 533.1 de la misma Ley. En todo caso, el art. 79.1 L.E.C. ha dispuesto siempre que la declinatoria se sustancie como excepción dilatoria, sin que ello deba significar que lo sea, sino solamente que le será de aplicación el punto 1.º (y no el 2.º) del art. 535 y el 537 ambos de la L.E.C.

C) CONSECUENCIAS

Ya hemos visto cómo desde antiguo y hasta fechas recientes había sido prácticamente unánime la consideración de la declinatoria como excepción. Pero ello no debía necesariamente suponer que por su especial tratamiento le fuera de aplicación toda la regulación general de las excepciones dilatorias distinta a la de mera tramitación y más concretamente la que de ella fuera incompatible con sus especiales características (como ocurre con el art. 535.2 L.E.C.).

Al igual que en el texto de la Ley, no se utiliza por los autores el sentido originario del referido término «excepción» tal y como aparece en el derecho romano clásico, es decir, como contraderecho o, en palabras de LÓPEZ SIMO (49), como «contraposición de nuevos hechos que el Pretor debía tener en cuenta si quería corregir las consecuencias injustas que provocaba la estricta aplicación del *ius civile*». Más bien, el concepto que se utiliza es el absolutamente genérico de «todo lo alegable por el demandado con el fin de no ser condenado». Su ámbito es tan amplio que MONTERO AROCA (50) dice que «la palabra excepción, por querer significarlo todo, no significa nada (...) por carecer de toda precisión». No siendo posible en estas condiciones dar autonomía a la declinatoria respecto a las excepciones, en cuanto también es aquélla, incluidas todas las especialidades que correspondan, una «defensa» más o menos atípica basada en la falta de competencia territorial.

(49) F. LÓPEZ SIMO, *La jurisdicción por razón de la materia. (Tratamiento procesal)*, Madrid, 1991, pág. 131. Sobre el tema, ver M. DE LA PLAZA, «Hacia una nueva ordenación del régimen de las excepciones en nuestro derecho positivo», *R.D.P.*, 1945, págs. 29-58. Así como H. ALSINA, *Defensas y excepciones*, R.D.P. (Argentina), I, 1949, págs. 3-58.

(50) J. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, II, 1.º, (con M. ORTELLS RAMOS, y J. L. GÓMEZ COLOMER), Barcelona, 1993, pág. 180. También del mismo autor «De los conflictos y cuestiones de competencia», en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, I (con M. IGLESIAS CABERO, J. M. MARÍN CORREA, y M. SAMPEDRO CORRAL), Madrid, 1993, págs. 110-112.

La declinatoria debe entenderse como un instrumento con el cual, en su caso (51), se podrá provocar una «cuestión de competencia» que deberá tramitarse por los incidentes de previo y especial pronunciamiento (52). Sin que esta consideración actualmente mayoritaria tampoco resulte verdaderamente incompatible con la posición histórica de la práctica totalidad de los autores. Si nos atenemos a la amplitud del término excepción que se ha manejado por la legislación y la doctrina, no resultaba ser contradictorio afirmar que la falta de competencia territorial es una «excepción» que se tramitará por los incidentes y, sin embargo, añadir que a dicha «defensa» no le es de aplicación el régimen general de las excepciones, sino el especial prevenido en los artículos 72 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entendemos que se ha desorbitado en exceso la discusión relativa a la disyuntiva contenida en el art. 79.1 L.E.C., en cuanto éste meramente está disponiendo una mera «remisión a trámite» (53), que en un caso y otro es idéntico: el de la excepción dilatoria o el de la forma incidental. Las únicas diferencias vienen referidas al momento de su proposición.

La plena valoración de las especialidades que se previeron para la declinatoria con la promulgación de la *actual* Ley de Enjuiciamiento

(51) No la calificamos directamente como «cuestión de competencia» porque, a pesar de la insistente alusión de la Ley (arts. 72, 74, 76, 78, etc. L.E.C.), no se trata en sí misma de una verdadera cuestión de competencia, en cuanto, como afirma MONTERO AROCA (en «Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral. I», con otros, Madrid, 1993, pág. 110), «en ella no aparecen dos órganos jurisdiccionales enfrentados, discutiendo sobre la competencia, y en que no la resuelve el inmediato superior común. La declinatoria se plantea ante el órgano que está conociendo del asunto y la resuelve el mismo, sin perjuicio del posible recurso». También ponen de relieve esta circunstancia, entre otros, F. RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal Civil*, I, cit., pág. 192; J. L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, I, 4.ª ed., (con J. MONTERO AROCA, y M. ORTELLS RAMOS), Barcelona, 1993, pág. 381.

(52) Recientemente, M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, I, (con DE LA OLIVA), cit., pág. 369; ARSENIO CRISTÓBAL y F. PORTAL, *Sustanciación de las cuestiones de competencia por declinatoria: Trámite incidental ordinario siempre (el art. 79.1 de la L.E.C.)*, cit., págs. 221-52; J. M. SANTOS VUANDE, *Declinatoria y «Declinatoria internacional»*. *Tratamiento procesal de la competencia internacional*, Madrid, 1991, pág. 41. Este último autor considera que «concebir la declinatoria como una excepción dilatoria significa desconocer las diferencias que se deducen de la propia normativa vigente...».

(53) Así lo manifiesta F. J. HERRERO PEREZAGUA, «La declinatoria y la excepción I.ª del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *R.G.D.*, 1993, págs. 7276-7277. Igualmente, compartimos con este autor la afirmación de que «La remisión a una tramitación específica no puede, en modo alguno, ser definidora de la naturaleza jurídica de una institución».

Civil ya imponía antes de la reforma del año 1984 una interpretación adecuada respecto a la disyuntiva contenida en el art. 79.1 L.E.C. Puede decirse que según ésta, será de aplicación la regulación de las excepciones dilatorias salvo en todo aquello que no se adecue a las normas que regulan la declinatoria, porque, en palabras de SANTOS VUANDE (54), el art. 79.1 L.E.C. «consagra una disyuntiva cuyo fondo jurídico podría expresarse del modo que sigue: cuando el procedimiento de sustanciación de las dilatorias no respete lo que es consustancial a la declinatoria, sígase la vía incidental». La idea base de esta afirmación se encuentra en FERNÁNDEZ LÓPEZ (55) cuando define lo que actualmente constituye la declinatoria: un «cauce específico, sustancialmente igual para todo tipo de procesos y exclusivamente destinado a denunciar la falta de competencia territorial».

En definitiva, la declinatoria puede ser descrita como una alegación previa, que realiza el demandado ante el órgano que está conociendo del asunto, relativa a la falta de competencia territorial, y que tiene el efecto de suspender el juicio hasta que se resuelva el incidente y, en su caso, con remisión de los autos al órgano que resulte ser verdaderamente competente para ante el mismo contestar a la demanda.

III. LA DECLINATORIA COMO ALEGACION NO PREVIA

Ya hemos visto cómo uno de los elementos fundamentales que corresponden a la declinatoria es su carácter de alegación previa. A pesar de que no existe un precepto claro en ese sentido (del art. 76 L.E.C. parece desprenderse más bien lo contrario), las razones que se han aportado para afirmar ese carácter, han seguido, esquemáticamente, tres orientaciones: 1.ª) Como efecto de la sumisión tácita que en otro caso se produciría; 2.ª) Por su mejor acomodación a la regulación de la declinatoria; 3.ª) Por economía procesal.

Pero si bien lo anterior puede ser compartido con carácter general, debemos revisar este principio al menos en dos tipos de juicios: 1.º) En los verbales y de cognición, en cuanto quedan excluidos por el propio

(54) J. M. SANTOS VUANDE, *Declinatoria y «Declinatoria internacional»*..., cit., pág. 41.

(55) M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, I (con DE LA OLIVA), cit., pág. 369.

art. 741 L.E.C. de la tramitación prevista en el título III del libro II de la L.E.C. (como se expresa en su rúbrica, «de los incidentes»); 2.º) Aquellos en que, con prohibición terminante de la sumisión tanto expresa como tácita, el fuero se configura indisponible e improrrogable. Como ocurre, entre otros, en el juicio ejecutivo en virtud de la nueva redacción realizada por Ley 10/1992, de 30 de abril, del art. 1.439 L.E.C.

A) JUICIO VERBAL Y JUICIO DE COGNICIÓN

En estos juicios la respuesta es discutible. Si los juicios verbales son excluidos por el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la tramitación relativa a los incidentes, y también los de cognición quedan fuera conforme al art. 63 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (56), difícilmente podrá defenderse que la declinatoria pueda ser planteada tal y como la hemos estudiado de forma general.

Algún autor ha intentado soslayar el tenor de este precepto (57), afirmando que, a pesar de la literalidad de la Ley, cabe defender la procedencia de la vía incidental mediante una interpretación adecuada del art. 741 L.E.C. Esta norma —para el autor citado— había sido establecida con el fin de evitar el absurdo de que el incidente tuviera una duración superior al asunto principal, pero sin que ello deba significar el desconocimiento por parte de la Ley respecto a la existencia de cuestiones incidentales en el juicio verbal (como ocurre con las demandas de pobreza, tercerías, etc.), sustanciándose en tales casos por los mismos trámites del juicio verbal.

Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos interpretativos, lo bien cierto es que la exclusión legal del art. 741 L.E.C. es absolutamente clara. Por ello, podemos afirmar que dicha circunstancia, unida al hecho de que en estos juicios no existan excepciones dilatorias, conduce a que la única posibilidad que resta a la declinatoria sea la de «acumularla al fondo del asunto y conocerla al mismo tiempo» (58).

(56) En este sentido, por ejemplo, J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, II, (con otros, dirección J. L. ALBÁCAR LÓPEZ), 2.ª ed., Madrid, 1994, pág. 598.

(57) J. LUQUE ALDABAL, *Sobre la tramitación de la cuestión de competencia por declinatoria en el proceso de cognición*, cit., págs. 56-58. En todo caso, la interpretación de este autor se orienta no a excluir la alegación de la competencia como excepción, sino a incluir la vía incidental junto a aquella.

(58) Son palabras de J. MONTERO AROCA, «De los conflictos y cuestiones de competencia», en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, I, cit., pág. 110.

En todo caso, la posibilidad de que la declinatoria sea alegada aquí como un incidente de especial y previo pronunciamiento puede ser discutida y, consecuentemente, aceptada o rechazada. Pero menos dudas ofrece, a nuestro juicio, el hecho de que el juez no pueda inadmitir la alegación de incompetencia territorial por extemporánea cuando se formule junto al resto de excepciones.

B) JUICIOS CON FUERO INDISPONIBLE Y SUMISIÓN PROHIBIDA

Respecto a este tipo de juicio la solución es igualmente problemática. Hemos de partir, por una parte, de que a la alegación de la falta de competencia territorial irremediablemente le son de aplicación las normas contenidas en la Sección 3.ª del Título II, Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra, de que la aplicación legal de las normas referidas se ve dificultada, cuando no impedida, por la concurrencia de las disposiciones generales correspondientes a las excepciones dilatorias, en especial la posibilidad de su alegación contestando a la demanda y sin producir «el efecto de suspender el curso de la demanda» (artículo 535.2 L.E.C.). Teniendo presente que con la actual redacción de los artículos 533.1 y 538.1 L.E.C. la falta de competencia territorial queda definitivamente excluida del ámbito de las excepciones.

Si con ello la solución resulta sencilla, no lo será tanto en los supuestos en que el fuero es indisponible y la sumisión se prohíbe, en la medida en que dichas circunstancias entran en relación con la referida regulación.

Y es que las especialidades derivadas de los arts. 72 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a su vez, son congruentes y consecuencia de la naturaleza y tratamiento que recibe la competencia territorial en los arts. 56 y ss. de la misma Ley. La ubicación de las disposiciones relativas a lo que la L.E.C. denomina «cuestiones de competencia» inmediatamente después de las normas que principalmente proclaman la vigencia del carácter facultativo y prorrogable del fuero, dentro del título general denominado «de la competencia y de las contiendas de jurisdicción», es un indicio de los principios que inspiran y justifican el régimen de la declinatoria que se contiene en los citados arts. 72 y ss. de nuestra L.P.C.

A tenor de las normas dichas, no puede excluirse actualmente, salvo unas cada vez más numerosas excepciones (59), la vigencia del carácter

(59) Por ejemplo, las contenidas en el art. 118 de la Ley de Sociedades Anónimas; art. 121 Ley de arrendamientos urbanos; art. 14 Ley de venta de bienes muebles a plazos; art. 24 Ley de contratos de seguros, etc.

facultativo y prorrogable del fuero como regla general. Prueba de ello es el art. 56.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando prevé la sumisión expresa o tácita como primera regla con la que determinar el juez competente «para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase». O el art. 54 L.E.C. cuando afirma que la jurisdicción civil podrá prorrogarse cuando concurren los criterios objetivo y funcional de atribución competencial.

Independientemente de que en algunos supuestos la voluntad puede verse viciada (contratos de adhesión) y de que mantengamos nuestras reservas sobre el papel determinante de dicha voluntad en todos los supuestos de sumisión tácita (60), es radicalmente cierto que con cualquier sumisión, tanto expresa como tácita, es la voluntad de los particulares la que determina el órgano que por el territorio conocerá el asunto.

Congruente con este contexto, en el que la libre disposición de los particulares es la primera regla, se encuentra la prohibición de la abstención de oficio por parte del órgano que se considere incompetente por razón del territorio (art. 74 L.E.C.). La posibilidad de que esa circunstancia sea introducida en el proceso queda exclusivamente en manos de la voluntad de los particulares, concretamente de quienes sean emplazados o puedan ser parte (art. 73) (61). Además, el modo con que el órgano podrá tener ese conocimiento no será cualquiera, sino necesariamente, so pena de sumisión tácita (ex art. 58.2), la proposición en forma de la declinatoria o, excluyentemente, la inhibitoria, conforme a los arts. 72 y ss. de la L.E.C.

Siguiendo la dirección restrictiva de esta regulación, el estricto tenor del art. 75 L.E.C. en relación con el 58.2 del mismo texto legal, im-

(60) V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La reforma en el proceso ejecutivo y proceso de ejecución», en *Comentarios sobre la reforma procesal* (Ley 10/92 de 30 de abril) (COORD. F. GÓMEZ DE LIANO), Oviedo, 1992, pág. 138, afirma que con la sumisión tácita «se expresa de la forma más libre la voluntad de hacer competente». Aunque es así con carácter general, consideramos que no lo será tanto al menos para el demandado cuando plantea la declinatoria pero no en debida forma, o incluso cuando se opone alegando la falta de competencia territorial como excepción por considerarlo así admisible.

La jurisprudencia, por su parte, no ha dudado en entender producida la sumisión tácita en supuestos de formulación de la oposición por incompetencia territorial incluso alegada *ad cautelam* (ver, p. ej., S.A.P. Madrid, 1 de julio de 1991. *Revisita General de Derecho*, 1991, pág. 9.307).

(61) El art. 73 L.E.C. se refiere literalmente a los que sean citados ante el juez incompetente. Pero nos parece más correcto referirnos a quienes sean emplazados.

pone la preclusión de la facultad de plantear cuestión de competencia cuando el ejecutado realiza cualquier gestión distinta a la de plantear en forma declinatoria ante el órgano que se considera territorialmente incompetente. La interpretación jurisprudencial abona el rigor con que se producirá esta preclusión, entendiéndose que habrá sumisión tácita en todo caso distinto al expresamente previsto.

Igualmente, una vez se ha logrado poner en conocimiento del órgano la impugnación de su competencia, se suspenderá el procedimiento hasta que se decida la cuestión, siendo válidas todas las actuaciones que se hayan practicado hasta aquel momento sin necesidad de ratificación alguna, tanto —por supuesto— si se desestima la impugnación, como si otro Juez o Tribunal es declarado competente (arts. 114 y 115 L.E.C.) (62).

Como se observa, los argumentos principales para no permitir la alegación de la declinatoria en la contestación a la demanda junto al resto de excepciones, sólo encuentran compatibilidad con la naturaleza disponible y prorrogable de la competencia territorial.

En definitiva, ¿qué ocurrirá cuando esa naturaleza sea diametralmente opuesta?, ¿la alegación en materia de competencia territorial que realiza el demandado (o ejecutado) ante el órgano que esté conociendo del asunto, no con carácter previo sino en la contestación a la demanda o incluso en momento posterior, podrá ser excluida por el citado órgano jurisdiccional?

Es bien conocido que la respuesta a esta pregunta ha estado determinada por la tan repetida regulación especial de la declinatoria, en el sentido de afirmar con base en ello la posibilidad de exclusión de tal alegación. Pero si consideramos que, como hemos visto, los meritos arts. 72 y ss. L.E.C. son consecuencia y sólo encuentran compatibilidad con la naturaleza prorrogable y disponible de la competencia, cuando dichas notas son expresamente prohibidas por la Ley, como mínimo podemos poner de manifiesto las muy razonables dudas sobre la posibilidad de que la alegación referente a la incompetencia territorial pueda rechazarse por extemporánea.

El problema surge, como otras muchas veces, de una más que deficiente regulación. A nuestro juicio no es de recibo introducir una norma que prohíba la sumisión (tácita y expresa) así como, consecuentemente, una atribución de competencia territorial (en principio) ajena a

(62) Sobre la validez de las actuaciones practicadas hasta la decisión de las competencias, M. SERRA DOMÍNGUEZ, «La inhibitoria», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., págs. 201-202.

la voluntad de los particulares, todo ello con carácter de orden público y de obligado cumplimiento, y al mismo tiempo no establecer un mecanismo para hacer eficaz dicha regulación.

Cuando la competencia se impone necesariamente a un concreto órgano jurisdiccional, tanto por el grado como por el territorio, sin posibilidad de subsanación, dicha regulación entra en colisión con el actual tratamiento procesal de la competencia territorial. Concretamente, al menos en los siguientes aspectos: 1.º) No será de aplicación la prohibición de abstención de oficio que establece el art. 74 L.E.C.; 2.º) No será necesaria la proposición en forma de la declinatoria que deriva del artículo 58.2 L.E.C.; 3.º) No tendrá vigencia el art. 115 L.E.C. en cuanto deberán ser inválidas las actuaciones practicadas; 4.º) Sobre todo, no podrá precluir la posibilidad de alegar la falta de competencia territorial, como derivaba fundamentalmente del art. 75 en relación con el citado 58.2 ambos de la L.E.C.

Aunque como solución a este problema se ha defendido desde una aplicación matizada de las normas relativas a la declinatoria (63), hasta la nulidad de lo actuado (64), sin embargo, la misma se presenta difícil mientras no se regule un tratamiento procesal adecuado.

(63) Obra colectiva de A. V. ILLESCAS RUS, J. M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. MARTÍN BERNAL, F. J. PUVOL MONTERO y M. M. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, «La reforma de la competencia territorial», en *La reforma procesal civil por Ley 10/1992. Criterios prácticos de interpretación*, Madrid, 1992, págs. 59-97.

(64) J. L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional, I, Parte General*, (con MONTE-RO-ORTIGALLAS), Barcelona, 1993, pág. 348.

En ese sentido, R. GIMENO-BAYÓN COBOS, «Algunas cuestiones sobre el procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria», en *Ejecución de Sentencias Civiles*, «Cuadernos de Derecho Judicial», C.G.P.J., X, págs. 599-600, entiende que la solución más adecuada es la de mantener la validez de lo actuado hasta el señalamiento de la subasta, momento a partir del cual sí se revela trascendente la infracción de las reglas de competencia territorial.

Sobre las Policías Judiciales españolas (III) (*)

Víctor Fairén Guillén

Catedrático de Derecho Procesal jubilado.

Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid.

Académico Numerario Electo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Miembro de las directivas de la International Association for Procedural Law y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Abogado s. ej. de los I. Colegios de Madrid y Valencia

VII. En el *bivium* del bicefalismo de la Policía Judicial —organización: las administraciones, con su política; funciones, la jurisdicción, art. 126 Constit.— ha aparecido una superior cabeza más: es el bicefalismo formado por la macla entre los antiguos Ministerios del Interior y de Justicia, fundiéndose en uno solo (?) bajo un solo ministro —ya lo dije: empeño en fundir los cerebros de Portalis y de Fouché en la misma cabeza (144)—; y simultáneamente, una necesidad de modificar las competencias del C.G.P.J.—lo que ha redundado en graves pérdidas de las mismas— y de paso, en la introducción en la Ley de Reforma de la L.O.P.J. de 9 de noviembre de 1994 de una serie de normas que de manera directa o indirecta, repercutirán sobre el funcionamiento de la Policía Judicial, disminuyendo sus posibilidades y, desde luego, esa inme-

(*) La primera parte de este trabajo se publicó en el núm. 1 de 1995 de esta revista, donde pueden verse el sumario y las siglas.

(144) Cf. mi «comentario» a la sentencia del T.S. declarando nulo el nombramiento de D. Eligio Hernández como Fiscal General del Estado.

Y mi «Florilegio» sobre borradores y anteproyecto de la Ley del Jurado, en *La Actualidad Penal*, núm. 31, ag. sep. en 1994.