

# ACTUALIDAD

## JURIDICA

# ARANZADI

2 de octubre de 1997

AÑO VII N.º 311

Director: Juan Miguel Pérez

Publica: EDITORIAL ARANZADI, S.A.

Carr. de Atocha, los 3,5 - 28004 ELCAÑO (Navarra) - Gîteva, 25, 1.º 28004 Madrid

SUPLEMENTO DEL REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARANZADI  
SUPLEMENTO DEL REPERTORIO CRONOLÓGICO DE LEGISLACION ARANZADI

## Sobre la preferencia de la sentencia de remate firme frente a otra sentencia o anotación preventiva posterior (consideraciones a partir de la jurisprudencia reciente)

Por D. José Bonet Navarro, Doctor en Derecho, Universidad de Valencia

### 1. Introducción

La lectura de la jurisprudencia desde una perspectiva distinta a la meramente recopiladora o estadística y, mucho más, afrontada con espíritu crítico, es un «filón» del que sin duda se obtendrá «mineral precioso» de conocimiento y, en muchas ocasiones, también será «material» apto para la discusión y debate de los temas científicos sobre los que versa y se sustenta el pronunciamiento. Precisamente esto es lo que ocurre con determinadas sentencias que se pronuncian sobre preferencia de ciertos créditos, en especial la del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1994 (RJ 1994, 5995). En síntesis, el caso que se plantea es el de una tenencia de mejor derecho, frente a la ejecución de un crédito reconocido por sentencia dictada en juicio declarativo ordinario, de un crédito contenido en sentencia firme de «a lugar a dictar sentencia de remate» anterior. En el juicio ordinario sobre tenencia se desestima, en cuanto, según entiende el juzgado de primera instancia, la preferencia debía determinarse por las fechas de la anotación preventiva del respectivo embargo. Recurrida en apelación, la Audiencia estima el recurso con base en que el crédito de la actora fue

reconocido con anterioridad. El Tribunal Supremo, en lo esencial, considera que: «a) No es procedente atender en el supuesto debido a las fechas de las anotaciones preventivas de embargo, prescindiendo de las fechas del reconocimiento por sentencias firmes de los créditos litigiosos, en cuanto (...) la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto a los créditos anteriores y sólo opera en cuanto a los contraídos después de la anotación (...). Por otra parte, no es el crédito en sí lo que concorre la preferencia, sino en este caso la circunstancia de aparecer éste reflejado en una sentencia de remate de fecha anterior a la que obtuvo el recurrente, como pose de relieve el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida. b) Por ello es acertado que la Sala a que se atuviese a lo dispuesto en el artículo 1.924.3.º, concediendo, por tanto, la preferencia al crédito de la entidad tenedora de mejor derecho, ya que la fecha de la sentencia que ésta obtuvo es más antigua que la del recurrente; no es aplicable, por lo antes dicho, con preferencia a la del artículo 1.923, número 4, ambos del Código Civil; (...) La anotación preventiva de embargo a favor del recu-

Continúa en pág. 2

### Tribunal Supremo

Militar al que se le refieren haberes como consecuencia de embargos judiciales en distintos procedimientos civiles. Sanción disciplinaria de suspensión de empleo

## Conducta gravemente contraria a la dignidad militar

■ Ref. 313/1 16 páginas

Sentencia 17-9-97 (TS Sala 2ª)

Ponente D. José Francisco Querol Lombardo

El TS desestima el recurso interpuesto por el militar contra la resolución del ministro de Defensa que le impuso la sanción disciplinaria de un año de suspensión de empleo por la causa tercera del art. 39 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Reproducimos los fundamentos de derecho segundo y tercero de la Sentencia del TS.

Termina en pág. 13

### Opinión

## Incompetencia de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración: inoperancia de la equidad

Por D. Eduardo Gamero Casado  
Profesor Titular de Derecho administrativo, Universidad de Huelva

Continúa en pág. 8

internet

<http://www.aranzadi.es>

## SUMARIO

### ■ COMENTARIO/OPINIÓN

- Sobre la preferencia de la sentencia de remate firme frente a otra sentencia o anotación preventiva posterior (consideraciones a partir de la jurisprudencia reciente)..... 1
- Incompetencia de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración: inoperancia de la equidad..... 8

### ■ TRIBUNALES

#### TS Sala 4ª

- Reclamación previa en materia de despido extemporáneo de la resolución expresa: caducidad de la acción de despido..... 12

#### TS Sala 2ª

- Conducta gravemente contraria a la dignidad militar: militar al que se le refieren haberes como consecuencia de embargos judiciales en distintos procedimientos civiles. Sanción disciplinaria de suspensión de empleo..... 16

### ■ INFORMACION

- Encuentros..... 15
- Aranzadi Última Hora..... 15
- Avances «Comunidad Europea Aranzadi»..... 15

### ■ RESEÑAS ACTUALIDAD ARANZADI

- Tribunal Supremo..... 14
- TSJ, Audiencia Proc., AN y otros tribunales..... 7-10

## Comentario

Ver en página 1

## Sobre la preferencia de la sentencia de remate firme frente a otra sentencia o anotación preventiva posterior

rente es de fecha posterior al crédito de la tenentista, por lo que la cuestión discutida no puede ser resuelta acudiendo al artículo 1.923, número 4, sino que, ratificando lo dicho, se ha de aplicar el artículo 1.924.3, que regula la preferencia de los créditos que no gozan de privilegio especial, situación en que se hallan los aquí contemplados al no constar nada en contrario, y si únicamente que fueron objeto de litigio y la sentencia de remate a favor de la tenentista que es de fecha anterior a la fecha de la sentencia que reconoció el crédito del recurrente, dato este último determinante de la preferencia entre ellos. Doctrina seguida por esta Sala en sentencia de 26 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1399).

El contenido de esta sentencia tiene indudable interés por un doble motivo. Desde una perspectiva práctica, en cuanto interpreta el contenido del artículo 1.923.4 y 1.924.3 del Código Civil en relación al art. 44 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 342, 886 y NDL 15457), a los efectos de determinar el alcance del fin prioritario que deriva de la anotación preventiva del embargo Y, sobre todo, desde una perspectiva dogmática, por una razón que no es tan evidente, porque su argumentación y decisión, cuando equipara la sentencia de remate a cualquier otra, entraza con una

polémica doctrinal todavía no superada. Nos referimos a dos cuestiones relacionadas entre sí, como son la discutida naturaleza declarativa del juicio ejecutivo, así como el consecuente carácter preventivo del embargo trabado en su seno.

## II. El efecto a posteriori de la anotación preventiva de embargo

Como es sabido, según el tenor literal del artículo 1.923.4 CC gozarán de preferencia «los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencia, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores». La doctrina de la sentencia referida al principio no se aparta en este punto de la dicción literal del precepto, ni de otras resoluciones que en el mismo sentido ha dictado el mismo órgano jurisdiccional. Como señala Ortiz Navarrodada (1), es constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la doctrina que, por ejemplo, contiene la precitada STS de 10-1-92 (RJ 1992, 183); la anotación preventiva de embargo no da preferencia al acreedor que la obtenga respecto de créditos anteriores, ni por tanto sobre hipoteca inscrita antes de aquella, sin que importe que no se haya promovido con anterioridad la ejecución de la hipoteca. También SSTs de 4-5-94 (OJ 1994, 3568) no implica preferencia alguno sobre créditos anteriores; 22-3-94 (RJ 1994, 2567); 26-2-94 las anotaciones no definen la preferencia sino, a falta de escritura, las fechas de las sentencias; 1-2-94: la primera condición que debe reunir el crédito preferente al salarial (salvo art. 32.1 ET [RCL 1980, 607 y ApNDL 3006]) es que esté dotado de derecho real, cualidad que no tienen los asegurados con anotación preventiva; 24-2-95 (RJ 1995, 1642); la anotación no es obligada o necesaria pese a los términos literales de los arts. 1.453 Sec. y 43 LH (2), etc.

La sentencia de 30 de junio de 1994 aplica literalmente el artículo 1.923.4 CC y se halla en la órbita de las anteriores cuando señala que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto a los créditos anteriores y sólo opera en cuanto a los contraídos después de la anotación. Por tanto, será preferente cualquier crédito reconocido por sentencia firme previamente a la anotación preventiva. Al respecto, indica Rey Pontóns (3) que «la prevalencia de un adquirente cierto anterior sobre una anotación de embargo obedece a que el bien embargado era ya ajeno al tiempo de la ejecución por el acreedor personal, y a que el derecho puramente obligatorio de éste no se transformara nunca en absolutamente real, salvo en el evento de que, por falta de postores, se le adjudicase a él la finca, y aun entonces, por efecto del negocio jurídico no de la dación en pago». En palabras del mismo autor, «su eficacia erga omnes se proyecta sólo ir futuro, o

sea, contra adquirentes posteriores al asiento y no *in proteritis*, es decir, contra adquirentes (idem adquirentes) ya existentes en el momento de la fecha de aquél» (4). En ese sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1976 (5), manifiesta que «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.923, número cuarto, del CC, en relación con el artículo 44 de la LH, y reiterada jurisprudencia de esta Sala, establecida entre otros, en las sentencias de 20 de noviembre de 1928, 27 de enero y 13 de junio de 1956 y 21 de febrero de 1973, la anotación preventiva de embargo no produce otros efectos que los que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación, pero no respecto a los créditos anteriores a la misma». En la misma línea, el auto de la Audiencia Territorial de Valencia, de 15 de enero de 1987 (6), dice que «el artículo 1.923.4 sólo concede preferencia a los créditos preventivamente anotados con respecto a los posteriores, pero no en relación a los anteriores preferentes aún no anotados o anotados con posterioridad, como se alega del TS 8 abril 1985, porque la anotación no otorga la preferencia que tengan los créditos según el Derecho sustantivo». Evidentemente, y con contradicción, la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1996 (7), afirma que: «la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y así tiene declarado reiteradamente esta Sala que: «la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos constituye en sual o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación» S. 14 junio 1986 (8) (RJ 1988, 4074).

Puede decirse, en definitiva, que la eficacia que tiene la anotación preventiva es sobre los créditos posteriores a la anotación, no así frente a los anteriores (9). Esta doctrina tradicional, no obstante los inconvenientes que plantea en la práctica (9), así como las propuestas de *lex ferenda* que se han aportado en sentido contrario, es la que mantiene reiteradamente la jurisprudencia y la que considera mayoritariamente la doctrina como más correcta de *lex lata* (10).

ACTUALIDAD  
JURÍDICA  
ARANZADI

REVISTA SEMANAL

2 de octubre de 1997  
ANO VII

Número 311

## REDACCION

Génesis, 25, 1° - 28004 - MADRID  
tel: 319 59 63, fax: 310 10 71  
Coordinada a cargo deM<sup>o</sup> Severino Rivero Ralvo (Abogado)

Precio de este ejemplar: 425 ptas

ACTUALIDAD JURIDICA ARANZADI es un colectivo  
interdisciplinario con el objetivo primordial de ser una  
revista de actualidad sobre materias jurídicas.APP  
ASOCIACIÓN  
DE PROFESIONALES  
DE LA PRÁCTICA  
PROFESIONALFIPP  
FEDERACIÓN  
DE INGENIEROS  
DE PROFESIONALES  
DE LA PRÁCTICA  
PROFESIONALPublicación adherida a APP y FIPP no implica ninguna obligación  
de adhesión por ser la publicación de publicación propia de los  
organismos de la práctica profesional.ACTUALIDAD JURIDICA ARANZADI es un periódico semestral  
de 160 páginas de contenido de la Abogacía Aranzadi.Para suscripciones al año, envíe una escritura autorizada  
alquil al precio de 14.800 pesetas más IVA.Las solicitudes de suscripción pueden enviarse a disposición de  
los suscritos. Los gastos de envío se añaden al precio de 425 ptas  
unidad más gastos de envío.

Dejar en sobresitos a:

Edición Aranzadi, 25  
C/ de Aragón, 25  
28014 - MADRID (España)

## Comentario

Tercer de página 2

## Sobre la preferencia de la sentencia de remate firme frente a otra sentencia o anotación preventiva posterior

**III. La equiparación de la sentencia de remate a cualquier otra sentencia firme conforme al art. 1.924.3 CC**

Partiendo de esta doctrina tradicional, de la preferencia del crédito anterior, el problema que nos preocupa en este momento es otro, concretamente si a esos efectos se equipara toda sentencia dictada en cualquier procedimiento, incluido el juicio ejecutivo, y, sobre todo, las conciliaciones que tal equiparación tiene en relación a la cuestión relativa a la naturaleza del juicio ejecutivo, del embargo trabado y de la sentencia que se dicta en su seno.

En efecto, conforme al art. 1.924.3 CC, con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia, 1. Las créditos que son privilegio especial concursal. 2. Las escrituras públicas. 3. Por sentencia firme, si hubieran sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias. Señala García de Marina (11) sobre el particular que «es doctrina tradicional del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias que la razón de ser de este privilegio, de carácter general, que, en último término, la ley concede, sólo radica en la indubitada autoridad de tales créditos que los confiere carácter ejecutivo (transmisión ejecutiva de sentencias)».

La jurisprudencia viene incluyendo en el ámbito del art. 1.924.3 CC las sentencias de remate sobre cosas muebles, la STS de 9 de abril de 1976. En efecto, en sus principios, parece que se debe hacer distinciones entre las distintas sentencias que pueden dictarse en procedimientos concursales. Así puede entenderse del know literal del art. 1.924.3 CC, cuando se refiere a sentencia firme, si hubiera sido objeto de litigio. Sin embargo, que en el ámbito del precepto se incluya la sentencia de remate dictada en juicio ejecutivo no había sido aceptada en un principio por la jurisprudencia, si bien, atendido el citado precepto, se admitió con posterioridad.

Se ha afirmado, en relación a los créditos reconocidos por una sentencia firme de remate que, «en un principio, la jurisprudencia no se mostró favorable a su valoración en orden a la preferencia del crédito, limitando en cuanto lo dispuso en el art. 1.296 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, si bien las firme como reconocidos, no vanan en su naturaleza al efecto de su graduación. Posteriormente, el mismo mencionado art. 1.924 del Código Civil ha hecho oscilar aquella valoración negativa, y, equiparando la sentencia de remate, una vez adquirida firme, a la sujeta en el juicio declarativo ordinario, admite en ambas la misma capacidad de influencia para determinar la preferencia de créditos (12). De ese modo, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 4 de marzo de 1986 (13), afirma que «el crédito en sí no es lo que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer reflejado en escritura pública o en procedimiento judicial, cualquiera que sea su naturaleza jurídica».

También en el momento de 30 de junio de 1994 los créditos cuya preferencia se discute se hallan reconocidos judicialmente mediante sentencia firme. La particularidad en este caso, sin embargo, es que una sentencia se ha dictado en juicio declarativo ordinario y la otra en juicio ejecutivo, circunstancia que nada influye a la hora de otorgar la preferencia.

**IV. Base dogmática de la que parte, o a la que conduce, la equiparación de la sentencia de remate a cualquier otra**

La anterior consideración, fruto de una interpretación literal del referido art. 1.924.3 CC, tiene sus

consecuencias que van más allá de la simple aplicación de la preferencia que está regulando. En cuanto equipara la sentencia definitiva «cualquiera que sea su naturaleza jurídica», concretamente la de remate firme a otra dictada en cualquier otro procedimiento, y en cuanto el crédito «reconocido» mediante esa sentencia de remate se considera preferente a otro crédito cuyo embargo ha sido anotado preventivamente con posterioridad, directa e indirectamente supone atender y tomar partido sobre cuestiones que son objeto de una tradicional disputa librada en la doctrina procesal. En efecto, si un sector importantísimo de esa doctrina considera que el juicio ejecutivo es de ejecución, y no de declaración, si la sentencia de remate no es de condena, ni declarativa (al menos si no hubo oposición), si autono como Serra Domínguez (14) afirma que la sentencia de remate es una resolución de tipo procesal, en claro calificándola, como hace Montero Añco (15), de inexcusable y perentoria, pudiendo ser sustituida completamente o sustituida por un auto en el que se resuelva el concurso, puede afirmarse que la O bien el citado artículo 1.924.3 ha de interpretarse sistemáticamente en el sentido de no incluir en su ámbito las sentencias de remate. O bien, como entendemos, que el propio precepto, y la doctrina y jurisprudencia que lo interpreta, es un argumento más para dudar de la naturaleza de ejecución del juicio ejecutivo que se discute, al menos, siempre la naturaleza de sus argumentos. En cualquier caso, no parece ningún sentido que un proceso de ejecución tenga la virtualidad de hacer litigosa un derecho, si que la resolución dictada en su seno decida su existencia o subsistencia, ni tampoco tendría por qué suponer la fecha en que se dicta tal resolución firme un criterio a efectos de otorgar preferencia, y mucho menos en relación a sentencias dictadas en procesos declarativos.

**Al Sobre un argumento nuclear en torno a la naturaleza del juicio ejecutivo**

No es este el momento oportuno de entrar en el estudio pormenorizado de la naturaleza del juicio ejecutivo. Merece, por otra parte, ya estudiada tradicionalmente y sobre la que la doctrina se encuentra dividida en posturas «viresas (16)». Tradicionalmente, entre los autores que consideran que se trata de un proceso de ejecución, a Carreras Llana (17), Ramos Núñez (18), Serra Domínguez (19), Ramos Méndez (20), Fernández López (21), Montero Añco (22). Por su parte, entre los autores que defienden la naturaleza de proceso de declaración del juicio ejecutivo, Alcalá-Zamora y Castiella (23), De la Plaza (24), Gaupé Delgado (25), Hervé Queraida (26), Prieto Castro (26), Ordoñez Ramos (27).

Los argumentos que se aportan para defender una y otra postura son diversos. Entre ellos, hay uno de especial significación: el hecho de que en un juicio ejecutivo proceda a dictar sentencia en los términos del artículo 1.475 LEC, incluso cuando no ha existido oposición del demandado, bien porque el deudor no se ha presentado manifestando su intención de oponerse o cuando, habiendo hecho, no formaliza su oposición dentro de plazo (arts. 1.482 y 1.483 LEC). Por ello considera Ordoñez Ramos (28) que tal regulación supone un desmentado total a la consideración doctrinal (29) de que la sentencia se circumscribe exclusivamente al incidente de oposición y tiene en consecuencia por contenido revocar la ejecución ya desahogada, declarar su nulidad o ordenar que siga adelante.

Concluye este autor en que «todo esto tiene una mejor explicación si se entiende que, aunque libre oposición, en el llamado juicio ejecutivo hay actividad jurisdiccional declarativa (...) de condena».

Como puede observarse, la sola existencia de que en un juicio ejecutivo deba dictarse una resolución en forma de sentencia, en los términos del art. 1.475 LEC, es uno de los argumentos más importantes que gravitan en el problema de la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo. Si, además, a esta sentencia la ley, y la jurisprudencia que la interpreta, la equipara a cualquier otra firme con independencia de su naturaleza jurídica, cuando así se hace se está tomando partido, consciente o inconscientemente en esta disputa doctrinal. Y ello porque se parte, en términos jurisprudenciales, de que con el inicio del juicio ejecutivo al la certeza no tiene motivo, ni se trata de un litigio (el juicio que tendía a revocarse). Terminología esta que utilizan, por ejemplo, la STS, de 30 de junio de 1994, cuando afirma que «lucran objeto de litigio y la sentencia de remate a favor de la tenencia que es de fecha anterior a la fecha de la sentencia que reconocía el crédito del concursado».

La STS, de 24 de enero de 1976, al cuestionar que «desde el momento en que la reclamación tuvo que plantearse judicialmente para su efectividad ha quedado litigosa, su certeza no viene notoria, en especial respecto al tenedor, hasta la firmeza de la sentencia, y en tal caso, precisamente por su condición de cuestión litigiosa...». Todo porque, según dice la STS de 22 de marzo de 1994 (30), al intervenir la sentencia de remate entre los que tienen preferencia frente a la anotación preventiva de embargo, esta anotación «no crea ni declara derecho alguno, función propia de la sentencia».

Respecto a la coordinación de las escrituras públicas y las sentencias previstas en el art. 1.924.3 CC se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 1979 (31), con el siguiente tenor literal: «mediante las referidas grupos A) y B) se establecen dos clases de preferencia al respecto, es decir, entre sí, en decir, uno de las escrituras que se venzan los créditos y otro el de las sentencias firmes, en el caso de que existan estas en relación con cada uno de los créditos interesados en la tenencia, sin posibilidad en consecuencia de interferencias entre una y otro orden, en el supuesto de que existan documentos ejecutivos. Es que siempre ha de ocurrir en posesión de tal naturaleza y des sentencia de remate que no siempre dependerá del comportamiento de uno y otro orden. Dependiendo del comportamiento del tenedor antes de iniciar el proceso de tenencia, y a que si para plantear éste siempre ha de existir el proceso ejecutivo en marcha, puede no obstante darse el caso que el alista producido, en que, cuando la tenencia se plantea, no sólo existen ejecutivos en marcha, sino que aquella se promueva cuando en cada uno de ellos se ha dictado sentencia de remate, lo que determina la consecución de que cuando el tenencia inicia la tenencia existiendo sólo en fase de preferencia de su título escritura contra lo del ejecutante que se anticipa a establecer el ejecutivo, tendrá que seguir el grupo A) de los enajenados y será el órgano jurisdiccional el que valore en la tenencia la preferencia entre los dos títulos, cualquiera que sea el trámite en el que el juicio ejecutivo comenzado se encuentre, que es lo posible a que con total claridad añade la sentencia de este Tribunal de 30 de abril de 1975 y otras muchas relativas a casos en los que no se plantea el juicio ejecutivo por ambos partes con anotación a la tenencia, y que, cual en el supuesto contemplado en la pre-

## Comentario

Fina de página 3

**Sobre la preferencia de la sentencia de remate firme frente a otra sentencia o anotación preventiva posterior**

sonse lito ocurre, cuando el tenedor, con anterioridad a haber promovido la tenencia, inicia un juicio ejecutivo para hacer efectivo su crédito y en el se ha pronunciado sentencia de remate, planteándose la tenencia contra otro ejecutivo también planteado, y en el que igualmente se ha pronunciado sentencia de remate, origina que la preferencia para el cobro de los respectivos créditos sea por el orden riguroso de las fechas de finiquito de las correspondientes sentencias dadas que (...) desde el momento en que la reclamación tuvo que plantearse judicialmente para su efectividad haciéndose litigiosa, su cotiza no viene notoria, en especial respecto al tenedor, hasta la firmeza de la sentencia, y en tal caso, precisamente por su condición de cuestión litigiosa, lleva a la aplicación del precepto dogmático B) del número tercero del artículo 1324 del CC. No obstante la exclusión de preferencia que se mantuvo en la sentencia anterior, en la doctrina más reciente se opta por entender que se trata de criterios intercambiables. Es así, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1995 (32), manifiesta que «en la actualidad se ha impuesto el criterio de esta Sala según el cual los apartados A) y B) del artículo 1324 número 3 del Código Civil son intercambiables, no hay preferencia del apartado A respecto al apartado B, y como dice el propio artículo las sentencias y anotaciones públicas gozan de preferencia entre sí según las fechas (S7S 13-diciembre 1985)».

En todo caso, en paralelo contradicción con la posible naturaleza declarativa de la sentencia de remate que sustenta la declaración de cualquier sentencia firme a efectos de preferencia, y restringida según dice la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 27 de marzo de 1987 (35), el mismo Tribunal Supremo ha venido considerando que la escritura no resulta ineficaz para ejecutar la acción de tenencia aunque se haya empleado infructuosamente con anterioridad para cobrar el crédito en un juicio ejecutivo (34).

A qué se está refiriendo la jurisprudencia cuando alude al término «infructuosamente»? Significa que cuando se ha dictado sentencia firme de no haber lugar a dictar sentencia de remate, ello no tiene relevancia alguna a los efectos del crédito documentado en el título? Por tanto, la sentencia dictada en juicio ejecutivo no tiene efecto de cognición sobre la existencia y subsistencia del crédito? De los palabras literales así parece que sea, pero siempre que se lean desconocidas de su contenido técnico.

Afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1984 (35) que «no cabe, por tanto, dudar del carácter de escritura pública y los fines del artículo mil novecientos veinticuatro del Código Civil del título exigido por el opositor a la tenencia, es decir, de la póliza de crédito, así como de la posibilidad y realidad de su prevención por su fecha anterior a la sentencia de remate (punto del tenedor), independientemente de que aquella póliza de crédito o escritura pública haya servido para el ejercicio de una acción judicial para exigir el importe del crédito, pues como dice la citada sentencia de veintiseis de enero de mil novecientos cuarenta y dos la escritura pública no pierde su eficacia para el caso de la tenencia, aunque se haya tratado previamente el crédito que en ella consta en un juicio ejecutivo, además, cabe añadir, cuando, como en el presente caso, el título se exhibe y se alga como defensa contra el tenedor en dicha póliza, es la sentencia, en cuanto dicha póliza y escritura tiene vitalidad y garantía suficiente como constatación

de un crédito exigible». Ya con anterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1942 (36) había afirmado que «este Tribunal tiene establecido en la sentencia de 21 de noviembre de 1917 (...) y en la de 30 de enero del mismo año (...) que la escritura pública no pierde eficacia para el caso de la tenencia, aunque se haya tratado previamente el crédito que en ella consta en un juicio ejecutivo (...) la escritura no resulta ineficaz para ejecutar la acción de tenencia aunque se haya empleado infructuosamente con anterioridad para cobrar el crédito en un juicio ejecutivo».

Sin embargo, hemos de decir, en primer lugar, que la citada S7S de 21 de septiembre de 1984, aunque a efectos de preferencia toma en consideración la fecha de la póliza de crédito (la fecha de liquidación con fijación de saldo e intervención de corredor de comercio, de 29 de julio de 1977), y no la fecha de la sentencia (de 19 de septiembre de 1986), posterior esta a la del tenedor (de 19 de diciembre de 1977), la sentencia que se dicta en el juicio ejecutivo con base en la póliza es de remate. Por tanto, no sabemos bien como puede afirmarse que la póliza haya sido empleada «infructuosamente» en el contexto que nos ocupa. Qué es más bien parece que ha sido infructuosa el correspondiente pago de pago o citación de remate a efectos del pago, pero no la sentencia haya sido de realidad si de no haber lugar a dictar sentencia de remate, porque hay de remate. En este caso, no se ha pronunciado sobre una hipotética sentencia de juicio ejecutivo que no tenga eficacia sobre la existencia o subsistencia del crédito documentado en el título ejecutivo.

La misma cosa en la S7S de 23 de enero de 1942 (37), en este caso porque la sentencia, en cualquier caso, no se firme, en cuanto está pendiente recurso de apelación. Así se reserva en su texto cuando concluye esta sentencia que «no es posible estimar la existencia de la falta de acción y derecho en los tenedores por el solo hecho de tener pendiente de aplicación un ejecutivo instado previamente con el mismo título».

Que nosotros coincidamos, salvo erratales error nuestro, al menos por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que hemos podido consultar (38), en ningún momento se ha concedido preferencia a una escritura pública con base en el caso se haya dictado sentencia de no remate firme. De modo que, hasta que ello no ocurra, no puede decirse que la interpretación del art. 1324 CC se distorsiona en relación a la consideración declarativa del juicio ejecutivo en cuanto equipara las sentencias de remate a cualquier otra sentencia firme.

Por otra parte, encuentra suficiente justificación que pueda ser preferente la fecha anterior de la escritura pública respecto a otras escrituras o sentencias posteriores, con independencia de que con base en la primera se inicie juicio ejecutivo y no se haya dictado sentencia, o incluso cuando dictada esta posteriormente sea de remate (39). Todo porque la escritura pública, sin perjuicio de que una sentencia posterior pueda conocer y declarar sobre el derecho documentado en la misma, «representa un cierto valor, una incontestable eficacia, con unos efectos negativos (inter partes) y unos efectos positivos (hacia fuera) que justifican la subsistencia de que es objeto legalmente... en cuanto a la «verdad» y a la «legitimidad», y porque debido a la intervención del notario el documento hace fe...» (40). Además, desde otro punto de vista, partiendo de lo anterior, como advierte correctamente la S7S de 23 de enero de 1942 antes referenciada, «el juicio ejecutivo, que es el que

se emplea a instancia de un acreedor contra un deudor noventa para exigir breve y sumariamente el pago de la cantidad líquida que le debe, de plazo venido y en virtud de documento indubitado, es de tramitación sencilla y rápida, y como sus rapidos, por la falta de oposición del deudor de buena o mala fe confida, puede llegar a términos tales que podría perjudicar, en principio a los bienes embargados, a otro acreedor del mismo deudor que ostente un título preferente al del ejecutante con arreglo a la graduación establecida por el Código Civil...».

Al menos por lo dicho, consideramos que es razonable que la fecha de la escritura pública anterior sea la que corresponde a efectos de preferencia sin atender al juicio ejecutivo que pueda haberse iniciado. Y, en todo caso, no disminuía la consideración que cabe entender corresponde a la sentencia de remate mientras no se resuelva que la sentencia de no remate es preferente para que la escritura pública sea preferente, cosa que hoy por hoy todavía está por ver en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

**B) La sentencia de remate como resolución de la petición de una tutela de condena**

Si la naturaleza del juicio ejecutivo (cambio en el proceso de declaración, si se ha de ser consciente y congruente con los postulados de los que se parte, la petición que se realiza en el juicio ejecutivo ha de venir referida, desde el punto de vista inmediato, a una declaración judicial que se concreta en la modalidad de tutela jurisdiccional de declaración de un deber de prestación y mandato de cumplimiento).

La sentencia que se dicta en el juicio ejecutivo será, por tanto, de condena. No obstante, el art. 1.275 LEC no se refiere en su literalidad a esta modalidad de tutela, sino que alude a «regir la ejecución adelante, expresando la cantidad que ha de ser pagada al acreedor». Circunstancia esta que ha servido de argumento para afirmar que no se produce condena en el juicio ejecutivo (41).

A nuestro juicio, a pesar de la dicción legal, el fallo de «regir la ejecución adelante» funciona a todos los efectos como una sentencia condenatoria, pues, como mínimo, es necesaria para que pueda iniciarse la fase de apremio y, desde otro punto de vista, de este modo puede entenderse la equiparación a cualquier otra sentencia que realice el art. 1.324.3 CC a los efectos de la preferencia de créditos.

Consecuencia del carácter que corresponde a la sentencia de remate es que debería computarse en todo que los intereses procesales del art. 921 a LEC, que proceden *ipso iure*. Además, creemos que esta conclusión es más acorde con la naturaleza fundamentalmente retributiva de las intenciones procesales. Entendemos que tras la sentencia condenatoria del juicio ejecutivo, si existe una deuda cierta, debida, y ésta no se revoca, a partir de ese momento y hasta que se produzca el pago efectivo, el beneficiario por la misma «financia» de algún modo al deudor, haciéndose por ello merecedor de la retribución que, creemos, el art. 921.4 LEC supone (42) y que el demandante de juicio ejecutivo merece.

**C) Naturaleza causal del embargo trabado en el juicio ejecutivo**

Consecuencia también del carácter de declaración que corresponde al juicio ejecutivo, es la naturaleza preventiva del embargo trabado en el mismo juicio, aunque sea especial. Esto naturaliza, como ha puesto de manifiesto Oriol Ferrer (43), es especial por las siguientes razones fundamentales:

## Comentario

Finis de página 4

**Sobre la preferencia de la sentencia de remate firme frente a otra sentencia o anotación preventiva posterior**

1) No es presupuesto del mismo una situación de precariedad ni, en su caso, el legislativamente tipificada, ni discrecionalmente valorada por el juez;

2) Consecuentemente, no cabe oposición frente al mismo en los casos que se haya trabado con posterioridad a la admisión de la demanda, pues como su adopción sólo podría fundarse en cuestiones relativas a la deuda y los documentos. Así, la inadmisibi-

lidad de la oposición se explica por evitar duplicaciones innecesarias. Sin embargo, trabado con anterioridad, no queda excluido el actor de alegar precariedad in rem;

3) La inexistencia de contradicción al actor, dada la calidad del documento presentado con la demanda;

Por otra parte, este carácter cautelar explica mejor la posibilidad de que, conforme al art.

1.401 LEC, la solicitud de embargo pueda ser como en el ordinario, con anterioridad a la demanda ejecutiva.

No creemos que este embargo anterior a la demanda sea ejecutivo, sino cautelar. De modo que, con la presentación de la demanda, se cumplirá la carga de la ratificación; y solamente tras la sententia estimativa de la preferencia el embargo se convertirá en ejecutivo. □

## Notas:

1. ORTIZ NAVACERRADA, S. *Pluralidad de acuerdos en el proceso de ejecución singular*, Madrid, 1996, pág. 40.
2. En cuanto a la jurisprudencia, véase también la citada por REY PORTOLES, J. M., *Comentarios a la Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 1993 (ROE del 3 de octubre)*, en *Técnicas varias sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1996, págs. 413 y ss.
3. REY PORTOLES, J. M., *Comentarios a la Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 1993 (ROE del 3 de octubre)*, cit., págs. 411-2. Discrepancias de este autor cuando, en la misma obra y página citada, nota 216, predica la condición de medida cautelar de la anotación preventiva o asiento de remate al que el embargo de bienes registrales se hace posible incluir frente a terceros hipotecarios... Si se refiere, como parece, a la anotación preventiva en el registro público del embargo que se prevé en el art. 1.453 LEC, hemos de señalar que la doctrina de manera prácticamente unánime no la considera como medida cautelar, sino más bien como garantía de la afición, como lo es el depósito judicial o la administración judicial. Véase sobre dicha garantía MONTEIRO AROCA, J., *Declaración judicial*, E. Barcelona, 1995, págs. 541-4. También FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil III*, Madrid, 1992, págs. 1993 y ss. Por nuestra parte, consideramos que solamente sin distinguir función cautelar con función de garantía puede utilizarse de medida cautelar la citada anotación preventiva.
4. Esta opción la realiza el mismo actor frente a quienes recientemente postulan una eficacia al no asiento registral. Véase REY PORTOLES, J. M., *Producción de embargos en materia de bienes inmuebles* 1.073.1 y 1.073.1.2 del Código Civil, en *Técnicas varias sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1996, págs. 405-513. Las conclusiones de este trabajo pueden verse también en Larios 4.30, 23, 30 de enero de 1989, págs. 37-8.
5. En ALBACAR LÓPEZ, J. L., *Ley de Ejecución de Civil. Decretos y jurisprudencia*, III, (con otros), Madrid, 1994, págs. 150-1.
6. En Larios 4.30, 33, junio de 1989, págs. 48-9.
7. RJ 1996, 4823.
8. Doctrina tradicional y también defendida recientemente, entre otros, por ROQUE VILLARRO, F., *Consideraciones sobre el embargo y su anotación preventiva*, en *Estudios sobre Derecho Procesal*, II, (edición: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, y MARTÍNEZ-SIMANCAS y SANCHEZ), Madrid, 1996, págs. 1.384-5.
9. Como señala FERRAS ABÍAS, J., *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, pag. 368, existe a la anotación de embargo de la cobertura otorgada por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria se presta a magistraciones en fraude del ejecutante.
10. Por ejemplo, REY PORTOLES, J. M., *Producción de créditos con embargo anotado* artículos 1.073.1 y 1.073.1.2 del Código Civil, cit., págs. 405-513, con referencia a Ramos Folgado, Alfonso Capellanochi, Franco Arias y García García, entendiéndose que se revela mucho más acertada la interpretación tradicional, por lo menos en el plano del Derecho constituido.
11. GARCÍA DE MARINA, M., *Tratado de dominio y de mejor derecho*, Barcelona, 1990, reimprimación 1994, págs. 427-8.
12. GARCÍA DE MARINA, M., *Tratado de dominio y de mejor derecho*, cit., págs. 427-8. En el mismo sentido, entre otros, afirma ABENDAÑO BARCOS, I., *Apercepción a los acreedores de mejor derecho*, en *Estudios sobre Derecho Procesal*, II, (edición: DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, y MARTÍNEZ-SIMANCAS y SANCHEZ), Madrid, 1996, pag. 2.196, que a efectos de preferencia entre sentencias, se equiparan «la sentencia de remate, una vez adquirida firmeza, en la medida en el juicio declarativo ordinario».
13. En GARCÍA DE MARINA, M., *Tratado de dominio y de mejor derecho*, cit., pag. 463.
14. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Juicio ejecutivo*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1990, pag. 525.
15. MONTEIRO AROCA, J., *La anotación del juicio ejecutivo*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, pag. 295. Con similares tesis, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil IV*, (con DE LA OLIVA), Madrid, 1992, pag. 61.
16. CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, 1987, pag. 72-6.
17. FENICH NAVARRRO, M., *Los procesos sumarios de ejecución*, en *Estudios de Derecho Procesal*, (con CARRERAS), Barcelona, 1992, págs. 407-93.
18. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Juicio ejecutivo*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1990, pag. 523.
19. RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., págs. 1.084-5.
20. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil IV*, (con DE LA OLIVA), cit., págs. 34-9.
21. MONTEIRO AROCA, J., *La anotación del juicio ejecutivo*, cit.
22. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Nuevos estudios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1980, pag. 249. En esta obra se indica ser el primero que sostiene esta tesis en España, concretamente desde 1976, en las Adicciones a COMLSCHEIDT, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1986, págs. 361-2 y 418-20.
23. DE LA PLAZA, *Los principios fundamentales del procedimiento ejecutivo*, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 903 y ss.
24. GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1961, págs. 768 y ss.
25. HERCE QUEMADA, *Juicio ejecutivo*, *Exposición, Jurisprudencia y doctrina*, en *Derecho procesal Civil II*, (con GÓMEZ ORBANEJA), Madrid, 1976, págs. 56 y ss.
26. PIRETO CASTRO Y FERRANDEZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Pamplona, 1992, págs. 92-3.
27. ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, págs. 67-71.
28. ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., págs. 69.
29. Entre otros GUTHERREZ DE CABEDES, E., *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1972, págs. 545-80.
30. Su fundamento de derecho es el artículo que transcribe ROQUE VILLARRO, F., *Consideraciones sobre el embargo y su anotación preventiva*, cit., págs. 1.184-5.
31. En ALBACAR LÓPEZ, J. L., *Ley de Ejecución de Civil. Decretos y jurisprudencia*, III, (con otros), cit., págs. 139-40.
32. RJ 1965, 5892.
33. En GARCÍA DE MARINA, M., *Tratado de dominio y de mejor derecho*, cit., págs. 432-3.
34. Palabras que toma GARCÍA DE MARINA, M., *Tratado de dominio y de mejor derecho*, cit., págs. 430-1, cuando repite que la escritura pública no resulta suficiente para ejecutar la acción de fuerza aunque se haya empleado infructuosamente con anterioridad para cobrar el crédito en un juicio ejecutivo. A nuestro juicio, esta doctrina resulta en parte la referida antes, en cuanto el hecho de iniciar juicio ejecutivo con base en una escritura pública no supone que la acción a tener en cuenta sea la de la sentencia. Pero, como vamos a desarrollar, no respecto a la consideración del juicio ejecutivo como declarativo, al menos mientras no se considere que la sentencia de no remate es irrelevante respecto a la existencia y subsistencia del crédito documentado en la escritura pública.
35. RJ 1984, 4305.
36. RJ 1942, 18.
37. RJ 1942, 18.
38. Dado su antigüedad y por no disponer de los correspondientes tomos, el fundamento fáctico de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1917, y de 30 de mayo del mismo año, citadas en las sentencias que hemos transcrito, no ha podido ser consultado.
39. Véase la jurisprudencia que cita ORTIZ NAVACERRADA, S. *Pluralidad de acuerdos en proceso de ejecución singular*, cit., págs. 36-9.
40. Son palabras de GARCÍA DE MARINA, M., *Tratado de dominio y de mejor derecho*, cit., pag. 430, con mención de Tola Nieto.

**Comentario**

Véase el pájina 1.

**Sobre la preferencia de la sentencia de resarcir firme frente a otra sentencia o anotación preventiva posterior**
**Notas:**

40. MONTEIRO AROCA, J. *Revista Jurídica* (ed. R. 2, con CRISTÓBAL GÓMEZ CORDERO y MONTEPEÑA, cit., págs. 209 y 225.

42. VILAS BOPET NAVARRA, J. *Prácticas, instrucciones y manifiestos de los autos procesales*, cit. RCD, 1993, págs. 6747-52.

43. CRISTÓBAL RAMOS, M., *El embargo preventivo*, cit., págs. 78-1.

**Opinión**

Véase el pájina 1.

**Incompetencia de la jurisdicción civil en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración...**

La Sala 1.ª del TS, mediante sentencia dictada el 6 de junio de 1997 (LMAJ 1997, núm. 304/2), ha convalidado y resuelto un asunto en el que se impugnó la responsabilidad extracontractual de la Administración. La sentencia resulta de interés porque constituye la primera ocasión en que la Sala 1.ª del TS se ha pronunciado acerca de su competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración tras la aprobación de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2012, 2575 y RCL 1993, 2467), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). El objeto de este trabajo es comentar el argumento del que se sirve la Sala 1.ª en la sentencia dictada para entender que el orden jurisdiccional civil es competente para conocer del asunto, dejando a un lado otros aspectos relacionados con este mismo problema, de los que me he ocupado en otra reciente monografía.<sup>1</sup>

Según recoge el fundamento jurídico III de la sentencia en examen: "A partir de la publicación de la Ley 30/1992 (L. 3) se ha insistido, en principio, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el ítem de unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, sin profundizar en la cuestión, hay que afirmar que la presente contienda que la estimación más clara del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón única y suficiente para dejar convalidada la cuestión, en este supuesto procesal, y cumplir lo determinado en el art. 24 CE (RCL 1978, 2836 y AgNDL 2007/9). En resumen, el presente recurso que la jurisdicción civil, en principio, no es competente para conocer del asunto, pero lo resuelve, pretendiendo evitar al momento la necesidad de iniciar un nuevo proceso ante el orden contencioso-administrativo, argumento que se enlaza en la sentencia con el art. 24 CE.

Se entienda, las siguientes razones son contrarias a la conclusión que recoge la sentencia:

Primera: ningún texto jurídico positivo admite el conocimiento del orden jurisdiccional civil en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración, que se encuentra atribuida, por el contrario, al orden contencioso-administrativo.

El primer comentario a efectuar es que ninguna disposición legal atribuye al orden civil competencia jurisdiccional para conocer en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración. Como acotadamente reconoce la propia sentencia en examen, la Ley 30/1992 atribuyó la competencia

jurisdiccional en beneficio del orden contencioso-administrativo, opinión que comparten el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, la doctrina jurídico-administrativa y procesal,<sup>2</sup> el Defensor del Pueblo,<sup>3</sup> y algunos juristas de menor alcance ante el orden civil.<sup>4</sup> En consecuencia, no cabe duda de la competencia en este punto la claridad resultada que establece el art. 92 LOPJ (RCL 1985, 1526, 2075 y AgNDL 8378) en beneficio del orden civil, por cuanto la competencia corresponde al orden contencioso-administrativo, al haberse sido expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico.<sup>5</sup>

Segunda: la tutela judicial que dispensan los jueces y tribunales ha de acomodarse al reparto de jurisdicciones establecido entre ellos. El derecho que reconoce el art. 24 CE ha de ejercerse precisamente a través del orden jurisdiccional competente en la materia objeto de litigio.

Con arreglo al art. 107.3 CE, "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". De modo que el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 CE "habrá de acomodarse a la distribución de los varios órdenes jurisdiccionales existentes, con arreglo a sus respectivos ordenamientos procesales"<sup>6</sup> (STC 49/1985, de 1 de junio [RJC 1985, 49]). Opinión en la que abunda la STC 1/1987, de 14 de enero [RJC 1987, 1], conforme a la cual "El mandato contenido en el art. 24.1 de la CE, en virtud del derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente (1.3), tiene efecto siempre que la vía escogida sea procedimentalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes". Por consiguiente, el derecho a la tutela judicial efectiva a que hace referencia el presente en la sentencia que comentamos no obsta la necesidad de que el ejercicio de los acciones jurisdiccionales se apegue al reparto competencial existente en nuestro ordenamiento, de donde resulta que un orden jurisdiccional determinado no puede extender su competencia jurisdiccional con base en el art. 24 CE. La materia "responsabilidad extracontractual de la Administración" se encuentra adscrita al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que es, precisamente, el que debería haber actuado el recurrente, en el asunto objeto de análisis, en aplicación del art. 24 CE.

Tercera: la equidad o justicia material sólo es de aplicación cuando no exista Derecho positivo aplicable al caso, lo que no sucede en el de autos.

En efecto, la propia Sala 1.ª del TS tiene sentido que la equidad o justicia material constituya tan sólo un principio de valor subsidiario, a emplear como criterio de interpretación jurídica, sin que resulte operativo cuando exista un precepto jurídico positivo aplicable al caso.<sup>7</sup> De lo mismo se cuenta que la equidad en sentido estricto no es fuente del derecho, antes bien, como está configurada en el CC, es una regla de interpretación y en su caso de aplicación de las leyes y sólo tiene virtualidad y eficacia ante la existencia de vacío legal,<sup>8</sup> cfr. STS (Sala 1.ª de 8 octubre 1992 [RCL 1992, 7509]). En el asunto objeto de análisis, existe un régimen jurídico claramente aplicable por una parte, el juego combinado de los arts. 142 LRJ-PAC y el art. 1 LICA (RCL 1996, 3890 y NDL 19470), de los que se deduce la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para juzgar este caso (como expresamente señala el ponente) por otra parte, el art. 94 LOPJ, y disposiciones concordantes, en cuya virtud el juzgador debe abstenerse de conocer del asunto previa audiencia de las partes, e indicar al recurrente en su resolución que el orden jurisdiccional competente para conocer de su pretensión es el contencioso-administrativo.

Cuarta: la incompetencia jurisdiccional por razón de la materia es improrrogable, y constituye un rito de orden público.

Conforme al art. 91 LOPJ, "Los juzgados y tribunales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que las leyes atribuyan por ésta u otra ley". Y, según el art. 94 del mismo texto, "La jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales aprecian el error o la falta de jurisdicción".

La doctrina procesalista más autorizada<sup>9</sup> destaca de estos preceptos que las normas reguladoras de la competencia rigen "materie" sin ser de orden público (las reglas), obligando tanto a las partes como al juzgador, quien debe apreciarlo de oficio. A su juicio, en el asunto que comentamos, el TS debería haberse abstenido, sin que existan argumentos susceptibles de subsanar a la improrrogabilidad de la jurisdicción, como se deduce de los párrafos anteriores.

Conclusión crítica a mi juicio, un orden jurisdiccional incompetente ha dictado una sentencia de condena por un importe de 50 millones de pesetas. Considero que la veracidad (caso del llamado peregrino jurisdiccional) en la existencia de este tipo de sentencias.

En virtud de lo atestado, parece demostrado que el orden jurisdiccional civil ha incurrido en exceso de jurisdicción, al conocer de un asunto en el que se ventilaba la responsabilidad extracontractual de la Administración. En su resolución ha impuesto