

Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Doctrina y Jurisprudencia

José Bonet Navarro • Joaquín Ivars Ruiz (Coordinador)
Ricardo Juan Sánchez • José María Llanos Pitarch

Estudio eminentemente práctico sobre los aspectos más relevantes y problemáticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la intervención de Abogado y Procurador en el proceso civil. Soluciones doctrinales y jurisprudenciales que se revelan como una herramienta útil en el desarrollo cotidiano del derecho procesal y civil, pasados ya unos años desde la entrada en vigor de la Ley. La obra está dirigida a los profesionales del Derecho que participan en la actividad jurisdiccional, y especialmente a Abogado y Procurador.

THOMSON
★
ARANZADI

C.M.: 12411

ISBN 84-9787-299-2



9 788497 672993

THOMSON
★
ARANZADI

José Bonet Navarro
Joaquín Ivars Ruiz (Coordinador)
Ricardo Juan Sánchez
José María Llanos Pitarch

Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil
Doctrina y Jurisprudencia

José Bonet Navarro • Joaquín Ivars Ruiz (Coordinador)
Ricardo Juan Sánchez • José María Llanos Pitarch

Abogado y Procurador en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Doctrina y Jurisprudencia

THOMSON
★
ARANZADI

Serie Estudios Prácticos Ley Enjuiciamiento Civil

**ABOGADO Y PROCURADOR
EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**
Doctrina y Jurisprudencia

Autores

JOSÉ BONET NAVARRO
Profesor Titular de Derecho Procesal. Universitat de València
Magistrado Suplente AP Valencia

JOAQUÍN IVARS RUIZ
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Coordinador de la obra

RICARDO JUAN SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Vicedecano de Estudios en la Facultad de Derecho. Universitat de València

JOSÉ MARÍA LLANOS PITARCH
Profesor Titular de Derecho Romano. Universitat de València
Magistrado Suplente AP Valencia

THOMSON

ARANZADI

ABREVIATURAS 11

I

PROCURADOR

I.1. INTERVENCIÓN PRECEPTIVA DEL PROCURADOR (artículo 23)..... 15
Joaquín Ivars Ruiz

I.2. INTERVENCIÓN NO PRECEPTIVA DEL PROCURADOR (artículos 23, 32) 19
Joaquín Ivars Ruiz

I.3. PODER (artículos 24, 25, 264, 414, 550) 23
José María Llanos Pitarch

I.4. OBLIGACIONES DEL PROCURADOR (artículos 26 y 27) 33
Joaquín Ivars Ruiz

I.5. ESCRITOS, PRESENTACIÓN Y RECEPCIÓN (artículos 135, 273, 274, 275) 43
Joaquín Ivars Ruiz

I.6. TRASLADO DE COPIAS ENTRE PROCURADORES (artículos 276, 277, 278, 279, 280) 47
Joaquín Ivars Ruiz

I.7. REPRESENTACIÓN PASIVA Y COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE PROCURADOR (artículos 28, 152 y 153) 67
Ricardo Juan Sánchez

I.8. PROVISIÓN DE FONDOS (artículo 29) 71
Ricardo Juan Sánchez

I.9. CESACIÓN, RENUNCIA, FALLECIMIENTO (artículo 30) 77
Ricardo Juan Sánchez

I.10. DESIGNACIÓN DE PROCURADOR (artículos 33.1, 399) 91
Ricardo Juan Sánchez

I.11. CUENTA (artículo 34) 93
Ricardo Juan Sánchez

I.12. RESPONSABILIDAD EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN (artículo 168.2) 103
Joaquín Ivars Ruiz

© José Bonet Navarro y otros - 2003
 © Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA
 Camino de Galar, 15
 31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Talleres de Editorial Aranzadi, SA
 Carretera de Aoiz, kilómetro 3,5
 31486 Elcano (Navarra)

Depósito Legal: NA 3036/2003

ISBN 84-9767-299-2

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

	<i>Página</i>
II	
ABOGADO	
II.1. INTERVENCIÓN PRECEPTIVA DEL ABOGADO (artículo 31.1) Joaquín Ivars Ruiz	115
II.2. INTERVENCIÓN NO PRECEPTIVA DEL ABOGADO (artículos 31.2, 32) Joaquín Ivars Ruiz	129
II.3. DESIGNACIÓN DEL ABOGADO (artículos 33, 399) Ricardo Juan Sánchez	133
II.4. HONORARIOS DEL ABOGADO (artículos 35, 394.3) José María Llanos Pitarch	137
II.5. SOLICITUD DE NUEVO SEÑALAMIENTO DE VISTA (artículo 183) .. Joaquín Ivars Ruiz	153
II.6. MULTA POR DILACIÓN INDEBIDA DE LA VISTA (artículo 183) Ricardo Juan Sánchez	157
II.7. CELEBRACIÓN DE LAS VISTAS (artículo 185 LEC) Joaquín Ivars Ruiz	161
II.8. LLAMADA DE ATENCIÓN (artículo 186.2) José María Llanos Pitarch	167
II.9. SUSPENSIÓN DE LAS VISTAS (artículos 188 y 189) Joaquín Ivars Ruiz	171
II.10. NULIDAD DE PLENO DERECHO POR FALTA DE INTERVENCIÓN DE ABOGADO (artículo 225.4) José María Llanos Pitarch	175
II.11. ASISTENCIA A LA VISTA (artículo 234) José María Llanos Pitarch	179
II.12. DESIGNACIÓN COMO CONTADOR (artículo 784.3, y 4) José María Llanos Pitarch	183
III	
REPRESENTACIÓN Y DEFENSA	
III.1. INTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD (artículo 8) Ricardo Juan Sánchez	189
III.2. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA E INTERVENCIÓN NO PRECEPTIVA DE ABOGADO Y PROCURADOR (artículo 32 y 6 LAJG) Ricardo Juan Sánchez	193
III.3. INTERVENCIÓN EN RECUSACIÓN (artículos 107.2, 125.1, 127) José María Llanos Pitarch	201
III.4. USO DE LENGUA OFICIAL (artículo 142) Ricardo Juan Sánchez	207

	<i>Página</i>
III.5. INTERVENCIÓN ACTUACIONES PRACTICADAS PARA CUMPLIMIENTO EXHORTO (artículos 172, 174, 175) José María Llanos Pitarch	211
III.6. SENTENCIA (artículo 209) José Bonet Navarro	215
III.7. TASACIÓN DE COSTAS (artículos 241 y 243) Ricardo Juan Sánchez	225
III.8. INTERVENCIÓN EN ACTUACIONES DE PRÁCTICA DE PRUEBA (artículos 291, 303, 354, 364, 372) José María Llanos Pitarch	243
III.9. TACHA DE LOS PERITOS Y TESTIGOS (artículo 343) José Bonet Navarro	249
III.10. RECONOCIMIENTO JUDICIAL (artículo 354) José Bonet Navarro	263
III.11. ASISTENCIA EN DECLARACIÓN DOMICILIARIA DEL TESTIGO (artículo 364) José Bonet Navarro	277
III.12. PREGUNTAS GENERALES AL TESTIGO (artículo 367) José Bonet Navarro	291
III.13. TESTIFICAL (artículo 367, 377) José Bonet Navarro	295
III.14. AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO ORDINARIO (artículo 414) José Bonet Navarro	313
III.15. COMPARECENCIA EN EL JUICIO (artículo 432) José Bonet Navarro	325
III.16. INTERVENCIÓN EN PROCESO MONITORIO (artículos 539, 814, 818) José Bonet Navarro	329
III.17. INTERVENCIÓN EN EL JUICIO CAMBIARIO (artículo 819) José Bonet Navarro	339
III.18. INTERVENCIÓN EN PROCESOS SOBRE CAPACIDAD, FILIACIÓN, MATRIMONIO. INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO (artículos 750, 770, 763) José María Llanos Pitarch	359
III.19. INNECESARIEDAD PARA FORMULAR MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS (artículo 771) José Bonet Navarro	377
BIBLIOGRAFÍA	385

mientras que en la anterior Ley de Enjuiciamiento la persona designada para las notificaciones derivadas del exhorto, no tenía por qué ser un Procurador, y por si no quedaba clara esta falta de exigencia, se recogía en el artículo 291 LEC de 1881 la innecesidad de poder alguno para intervenir en el diligenciado del exhorto.

Por último, con referencia a lo preceptuado en el artículo 175 LEC, una vez completado el objeto del exhorto, se procederá en sentido inverso al expresado en el artículo 172 LEC, de forma que el órgano exhortado remitirá el resultado al que solicitó el auxilio, utilizando para ello todos los medios suficientes para garantizar el recibimiento de lo actuado, y para garantizar la constancia de la recepción; e igualmente podrán ser entregadas todas las actuaciones al litigante o a su Procurador a quienes se hubiese ordenado la gestión del exhorto, en virtud de lo previsto en el artículo 172.2 LEC. Es evidente que esta segunda opción no dependerá de la voluntad del órgano auxiliador, sino que tan sólo podrá acudir a ella cuando efectivamente la gestión del exhorto se hubiera encargado a la parte interesada en su cumplimiento; y ello resulta además corroborado por el hecho de que si no hubiera sido el litigante o su procurador quien hubiese solicitado previamente la gestión del exhorto, no figuraría su nombre en el mismo, ni se habría habilitado el Procurador ante el órgano exhortado. Por el contrario, si se permite al órgano que ha practicado el objeto del auxilio, realizar libremente la elección de remitir directamente su resultado al exhortante, o servirse para ello de la parte que le comunicó previamente el exhorto.

SAP Asturias núm. 450/2002 (Sección 4ª), de 8 octubre (AC 2002, 2366).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Alier.

Limitación de la intervención de las partes en las actuaciones que se practiquen para el cumplimiento del exhorto.

«aunque se permitió a ambas partes presentar las oportunas listas de preguntas, como así lo hicieron, de conformidad con lo previsto en el art. 429.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), esos listados fueron remitidos en sobre cerrado y luego no se citó a las partes para la práctica del interrogatorio, de modo que se conculcó su derecho a impugnar las preguntas formuladas de contrario, plantear nuevas preguntas y, en fin, intervenir en la práctica de dicha prueba. Sin embargo, los preceptos que la apelante cita como infringidos (arts. 289, 290 y 291, 369 y 372) no se refieren a la prueba practicada a través de exhorto. A ella sí se refiere el art. 429.5, que fue observado en la instancia, en el que ese principio de contradicción se adapta a las especiales circunstancias de la prueba practicada a través del auxilio judicial. Es cierto que las partes y sus abogados y procuradores podrán intervenir en las actuaciones que se lleven a cabo en cumplimiento del exhorto (art. 174.1), pero este precepto habrá de interpretarse en relación al anterior en el que ya se establece con precisión cuál es esa intervención, a través de un procedimiento (presentación de listas de preguntas) que encuentra su fundamento en el hecho de que se va a celebrar ante Juez distinto, que carece del conocimiento mínimo para declarar o no admisibles las preguntas y dirigir en este aspecto la prueba, mientras que esos listados no tendrían sentido si luego las partes pudieran interrogar libremente como si la prueba se celebrase en el lugar donde se desarrolla el juicio».

Sentencia

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 209. Reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias.

Las sentencias se formularán conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

1º En el encabezamiento deberán expresarse los nombres de las partes y, cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los Abogados y Procuradores y el objeto del juicio...

A) GENERALIDADES RELATIVAS A LA FORMA DE LA SENTENCIA Y EN PARTICULAR SOBRE LA CONSTANCIA DEL RELATO DE HECHOS PROBADOS

La forma de las sentencias se regulaba en el artículo 372 LEC/1881 de forma similar a la actual. Entre una y otra, a través de su artículo 248.3, la LOPJ modificó en 1985 parcialmente la forma de las sentencias, configurándolas formalmente tal y como se conocía hasta ahora, sobre todo sustituyendo la relación de «considerandos» y «resultandos» por antecedentes de hecho y de derecho. Según el citado artículo 248.3 LOPJ, «las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten».

Como se observa la LOPJ, para todos los órdenes jurisdiccionales, ya impuso que las sentencias contuvieran «... hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho...». La jurisprudencia, no obstante, consideraba que la relación de hechos probados no era aplicable al proceso civil interpretando el artículo 248.3 LOPJ con el artículo 372 LEC. Además, se argumentaba en algunos casos que era así porque el proceso civil «busca la verdad formal» frente al proceso penal que «busca la verdad material». Igualmente, en ocasiones, se argumenta que la constancia de hechos probados no tiene que ser formal en todo caso, bastando con que conste el relato fáctico a lo largo del texto de la resolución.

STSJ Galicia (Sala Civil y Penal), 1 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3401).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García.

Es erróneo que las sentencias civiles deban recoger un apartado sistemáticamente dedicado a hechos probados.

«TERCERO.—Al margen de que es erróneo el criterio, veladamente expuesto por el recurrente, de que las sentencias civiles deben recoger un apartado sistemáticamente dedicado a los hechos probados y de que la motivación de una sentencia tiene que ver básicamente con la explicación razonable de la decisión adoptada en orden a la valoración de la prueba y a las normas aplicadas, según resulta del artículo 248.3 LOPJ y desde luego también actualmente de los artículos 209.3^º y 218.2 LEC en línea con la doctrina del Tribunal Supremo de la que dimos cuenta en nuestras Sentencias (SSTSJ) 25 y 30/2000, de 19 de octubre (RJ 2001, 4326) y de 14 de diciembre (RJ 2001, 4331), con mención de las del Tribunal Supremo (SSTS) 103 (RJ 2000, 824) y 140/2000, de 14 de febrero (RJ 2000, 823), entre otras, a las que añadimos ahora las más recientes 407/2001, de 25 de abril (RJ 2001, 2033), en la que se señala que "basta que los hechos probados resulten aportados con suficiencia, como conclusiones fácticas decisivas, a través de los fundamentos jurídicos, y con trascendencia para su fijación en el recurso de casación", y 502/2001, de 25 de mayo (RJ 2001, 3381), en la que, a la sombra del Tribunal Constitucional, se pone de relieve que "el deber de motivar las sentencias se cumple con la exposición de la razón causal del fallo, no siendo exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión a decidir", se comprenderá que el fracaso del motivo primero del recurso, en el que se acusa a la sentencia de la Audiencia de "incongruencia omisiva al no resolver motivadamente todas las cuestiones fácticas y jurídicas necesarias para la adopción del fallo de la misma", encuentre su explicación, además de en lo que antecede, en la no menos notoria doctrina jurisprudencial, a la que aludimos en la STSJ 10/2001, de 12 de mayo y que últimamente reitera la STS 684/2001, de 5 de julio (RJ 2001, 4990), que enseña que la incongruencia no es pregonable de una sentencia, como la de la Audiencia, absolutoria o desestimatoria de la demanda, así como ilustra que esta concreta decisión respeta la congruencia porque ni se puede admitir que se funda en una excepción no esgrimida por la parte demandada o no apreciable de oficio ni porque la Audiencia no alteró el soporte fáctico o "causa petendi" de la acción ejercitada, lo que hoy con mayor claridad expresa el artículo 218.1 LEC en armonía con el párrafo primero del artículo 359 LEC de 1881».

STS (Sala 1^ª), 21 diciembre 2001 (RJ 2001, 10056).

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

No es necesario consignar relato de hechos probados en las sentencias dictadas en el proceso civil.

«No es preciso como obligación legal insertar esos Hechos Probados, pues, entre otras, se decía en Sentencia de 4-6-2001 (RJ 2001, 3878): "... Según jurisprudencia de esta Sala el régimen combinado de los arts. 248.3 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) y 372 LEC de 1881 no impone que la sentencia civil haya de contener un apartado específico de hechos probados. SSTS 14-3-1995 (RJ 1995, 7785); 25-10-2000 (RJ 2000, 9588); 29-12-2000 (RJ 2001, 713); 6-2-2001 (RJ 2001, 2233); y de otro, que también es doctrina de esta Sala que no es requisito imprescindible de la Sentencia la cita de concretos preceptos legales (SSTS 10-12-1996 [RJ 1996, 8975]; 16-6-2000 [RJ 2000, 4424]; 14-11-2000 [RJ 2000, 9914] y 18-1-2001 [RJ 2001, 512])... estimado en el efecto perseguido de anular dicha sentencia».

STS (Sala 1^ª), 15 octubre 2001 (RJ 2001, 8632).

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

No es necesario consignar relato de hechos probados en las sentencias dictadas en el proceso civil, además, constan en diversos apartados de la resolución.

«como declaran las sentencias del Tribunal Supremo (25 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 7235] y 13 de junio de 1998 [RJ 1998, 4686]), "la exigencia contenida en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de que las sentencias han de expresar, en párrafos separados y numerados, los hechos probados, en su caso, no puede entenderse referida a las sentencias del orden jurisdiccional civil, pues precisamente con la salvedad 'en su caso' está manteniendo la subsistencia, en ese extremo concreto, del artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para las sentencias de este orden jurisdiccional no exige que las mismas contengan formalmente, en párrafo separado, un relato de hechos probados..." tales exigencias se hallan sobradamente cumplidas pues la sentencia objeto de recurso, detalla en sus ocho fundamentos jurídicos todos los elementos del litigio, con un relato pormenorizado de los hechos probados al tener en cuenta no sólo la realidad de los datos declarados probados, sino también precisar su cauce en cuanto al relato fáctico de la actora no cuestionado (aunque sí su significado), a través de los ocho apartados que contiene el fundamento cuarto».

STS (Sala 1^ª), 4 marzo 1997 (RJ 1997, 1642).

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

Explica la innecesariedad de relato de hechos probados porque el proceso civil «busca la verdad formal».

«como dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 octubre 1988 (RJ 1988, 7387) no puede entenderse modificado en el punto que nos ocupa el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino incurso en la excepción que este propio Texto Legal marca al señalar que la exigencia de consignar los hechos probados se realizará "en su caso", refiriéndose, sin duda, a que tal especificación ha de hacerse en las sentencias emanadas del orden jurisdiccional social y penal, pero no en el civil, dado que en éste se opera sobre una verdad formal y en el orden penal se busca la verdad material, apreciándose las pruebas "según conciencia"».

El cambio quizá más significativo operado por la vigente LEC deriva de la exigencia en su propio texto, artículo 209, de la constancia de «las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso».

Como se observa se traslada la expresión «en su caso» que figuraba en la LOPJ al texto de la LEC. Este trasvase no parece que tenga sentido y genera importantes dudas. En el contexto de la LOPJ se explicaba tal expresión si, como interpretaba la jurisprudencia, se formulaba una remisión a lo previsto en las normas procesales (así, por ejemplo, artículos 142.3 LECrim y 97.2 TRLPL)², de modo que no se trataba de una exigencia aplicable a la sentencia dictada en el proceso civil. Si ha

2. Sobre la infracción de esta exigencia en los órdenes penal y laboral, véase la jurisprudencia recogida por RIBELLES ARELLANO, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 1 al 280* (COOR. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ Y VALLAS), Barcelona, 2000, pág. 788.

sido voluntad del legislador que en el actual proceso civil las sentencias sí contengan la relación de hechos probados, para ello no era necesario copiar la citada expresión, salvo que ahora en el proceso civil haya sentencias en las que deba constar la relación de hechos probados y otras en las que no. En tal caso, se genera la duda sobre qué sentencias o en qué supuestos deberá constar tal relación de hechos probados.

Desde luego que todas las sentencias, con independencia del orden jurisdiccional en que se dicten, han de estar motivadas tanto jurídica como fácticamente (artículos 120.3 CE y 248.3 LOPJ). CUBILLO³ recuerda que la constancia en el artículo 209 LEC de «los hechos probados, en su caso» se introdujo a sugerencia del CGPJ⁴, y comparte con dicho informe la necesidad de que en el proceso civil se exteriorice del resultado de la valoración de la prueba, y del propio proceso de razonamiento (origen de la convicción alcanzada por el Juez). Apunta el citado autor sobre la necesidad de motivar fácticamente las sentencias tanto en su aspecto jurídico como fáctico, que se exige también en el artículo 218.2 LEC, referido específicamente a esta cuestión.

Pero una cosa es que se deba motivarse fácticamente una sentencia y otra que en la misma deba constar formalmente una relación de hechos probados con la posible sanción, en caso contrario, de nulidad, por infracción del artículo 238.2 LOPJ⁵.

La doctrina mantiene dos posturas básicas, la que lo exigiría en todo supuesto posible, con declaración expresa en los supuestos en que no lo sea (cuestiones puramente jurídicas o recursos sin práctica de prueba); y otra que se atempera tal exigencia.

En esta primera postura, GARBERÍ⁶ se muestra favorable a «la necesidad de incorporar en todas las sentencias, incluidas las dictadas por los órganos del orden civil, dicho relato de hechos probados, interpretando que el término «en su caso» ceñirá su ámbito de aplicación a aquellas hipótesis en que el proceso se resuelva en su primera instancia sin haber practicado ninguna actividad probatoria, porque la controversia es estrictamente jurídica, o cuando lo que se resuelva mediante

3. CUBILLO LÓPEZ, I., *La regulación de las actuaciones del juicio*, Madrid, 2000, pág. 162.
4. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, en Documentación, 148, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Madrid, págs. 1299 y ss.
5. Tal sanción se contempla por la jurisprudencia en otros órdenes. Véase, por ejemplo, en el orden penal, la STS (Sala 2ª), 17 de marzo 2001 (RJ 2001, 1905). Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri, en la que se declara la nulidad de la sentencia recurrida, devolviendo actuaciones para que se dicte otra que declare expresa y terminantemente los hechos probados, todo porque la sentencia recurrida incumplió la exigencia de hacer declaración expresa y terminante de los hechos probados, al limitarse a dar por reproducidos los del escrito de la acusación, incurriendo en la causa de nulidad del art. 238.2 LOPJ. En el orden laboral, entre otras, TSJ Cantabria (Sala Social), 15 noviembre 1998 (AS 1998, 6885). Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Fernández García, que declara la nulidad de actuaciones por insuficiencia de hechos probados, en aplicación de los artículos 191, a) y 97.2 de la LPL.
6. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Resoluciones judiciales (arts. 206 a 215)», en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 2 (con TORRES, DURO y CASERO), Barcelona, 2001, pág. 239.

sentencia sea algún medio de impugnación... en que no es posible prueba... o... es extraordinariamente restringida».

Más matizada se presentan otras opiniones doctrinales. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MERINO⁷ opina que «si la mención de los hechos probados constituye un antecedente fáctico trascendente para plasmar el silogismo judicial, evidentemente será un presupuesto ineludible, ya que afecta a la motivación, y sirve para determinar si la conclusión de la deducción está dentro de los límites configuradores de la congruencia, y también para hacer constar que se han resuelto debidamente todas las cuestiones de hecho y de derecho debatidas en el proceso». Y sobre todo, RIBELLES ARELLANO⁸ opina que debe prevalecer una interpretación, «que atiende a los antecedentes históricos y legislativos de la norma, y que se ajustaría en mayor medida a su espíritu y finalidad, aconsejaría restringir su alcance, limitando la necesidad de consignar un relato de hechos probados a aquellos supuestos en los que, por la naturaleza de los hechos enjuiciados, es posible obtenerlos con facilidad sin necesidad de recurrir a consideraciones jurídicas». En consecuencia, sigue este mismo autor, «sólo excepcionalmente podrá invocarse la nulidad de una sentencia por no consignar formalmente en sus antecedentes una declaración expresa de hechos probados; bastará, por tanto, con que se narren con la claridad necesaria a través de los diversos fundamentos jurídicos de la propia sentencia».

En mi opinión, lo más práctico consistirá en expresar en el contenido de la sentencia un apartado específico de hechos probados, en la medida en que tal actividad sea posible. Sin embargo, cuestión bien distinta es la sanción de nulidad. Ésta no me parece que se obtendrá de la mera ausencia de una declaración formal de hechos probados, pues bastaría, como indica el autor que acabamos de citar, con que se narren con la claridad necesaria en los distintos fundamentos de derecho de la misma sentencia. La declaración de nulidad solamente procedería, en virtud del artículo 238.3 LOPJ⁹, no por la mera ausencia de declaración formal sino exclusivamente «cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión».

B) EL ENCABEZAMIENTO DE LA SENTENCIA, EN ESPECIAL, LA CONSTANCIA DEL PROCURADOR Y DEL ABOGADO DE LAS PARTES

Si comparamos el tenor del artículo 372.1º LEC/1881, con el vigente artículo 209.1º en relación con el artículo 208.3 LEC, observaremos cómo no se presenta novedad relevante más allá de la mera redacción y sistemática.

7. RODRÍGUEZ MERINO, A., «Artículo 209», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I (dir.: A. M. Lorca), Valladolid, 2000, págs. 1379-80.
8. RIBELLES ARELLANO, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 1 al 280* (COORD. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLAS), cit., pág. 789.
9. Según el art. 225 LEC, aunque no se aplicará según la disposición final decimoséptima de la LEC hasta tanto no se reforme la Ley Orgánica, los actos procesales serán nulos de pleno derecho «cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión».

Según el citado artículo 372.1ª LEC/1881, las sentencias definitivas se formularán expresando «el lugar, fecha y Juez o Tribunal que las pronuncie; los nombres, domicilio y profesión de las partes contendientes, y el carácter con que litiguen; los nombres de sus Abogados y Procuradores, y el objeto del pleito. Se expresará también en su caso, y antes de los "considerandos", el nombre del Magistrado ponente». Por su parte, conforme el artículo 208.3, «todas las resoluciones incluirán la mención del lugar y fecha en que se adopten y la indicación del Tribunal que las dicte, con expresión del Juez o Magistrados que lo integren y su firma e indicación del nombre del ponente, cuando el Tribunal sea colegiado. En el caso de providencias dictadas por Salas de Justicia, bastará con la firma del ponente». Lo que se completa con el tenor del artículo 209.1ª LEC por el que «en el encabezamiento deberán expresarse los nombres de las partes y, cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los Abogados y Procuradores y el objeto del juicio».

a) Constancia de la representación, la legitimación de las partes y del «objeto del juicio»

Con todo, en la vigente LEC se suprime la necesidad de que conste la profesión de las partes así como su domicilio. Igualmente, se mejora considerablemente la redacción. Entre los elementos que han de hacerse constar se sustituye la expresión «el carácter con que litiguen» por otra algo más correcta de «legitimación y representación en virtud de las cuales actúen».

La alusión a hacer constar la representación se queda escasa. La misma LEC, en el caso de personas físicas que carezcan de plena capacidad de actuación procesal, prevé alguna mayor posibilidad, pues habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la Ley; y por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representaría si ya hubieren nacido (artículo 7.2 y 3 LEC)¹⁰. En el caso de personas jurídicas la alusión a representación resulta errónea. Es cierto que el artículo 7.4 LEC dispone que «por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen». Sin embargo, esta «representación» nada tiene que ver con la de las personas físicas incapaces. En realidad, en el caso de personas jurídicas no se trata de una verdadera representación sino de la propia actuación de esas mismas entidades a través de las personas físicas que encarnan sus órganos de representación y que, en virtud de las reglas de organización de cada entidad, están facultadas para expresar la «voluntad» de la entidad¹¹. Lo mismo cabe decir respecto de las entidades con capacidad para ser parte pero sin personalidad jurídica. Tampoco se trata de verdadera representación sino, como en el caso anterior, de actuación a través de la persona física que integra el órgano

10. Véase ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., págs. 131-4.
11. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., págs. 134-6.

de actuación de la entidad. De hecho, la redacción de los puntos 5 a 7 del artículo 7 LEC es ahora más correcta cuando advierte que «comparecerán en juicio por medio de...» o «comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros».

Por lo que respecta a la constancia de la legitimación, ésta ha de ser entendida en los términos de los artículos 10 y 11 LEC, titulares, legitimados legalmente, así como para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios¹². Hay que señalar que el artículo 10 se refiere a «quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». No significa esto que efectivamente sean titulares de tal relación u objeto. Esto último es cuestión de fondo, la conocida como «*legitimatio ad causam*», sin perjuicio de que su valoración pueda ser más o menos sencilla (por ejemplo, acreditar ser hijo a los efectos de tener legitimación para reclamar la herencia de su padre puede ser, según los casos, relativamente simple o muy complejo). *Legitimatio* esta que por razones prácticas se intentó asimilar a la «*legitimatio ad processum*», referida a las capacidades, especialmente cuando su acreditación podía ser sencilla o requería en todo caso la aportación de un simple título. Si no se aportaba tal título era ya inútil continuar. Por esa vía, se pretendió equiparar ambas legitimaciones. Pero si se trata de una cuestión de fondo, tal acreditación resulta arbitrariamente privada de la plenitud del debate procesal y de la prueba¹³.

SAP (Secc. 4ª) Valencia, 14 junio 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Bonet Navarro.

Legitimación pasiva como cuestión de fondo.

«La existencia de la legitimación, que es un requisito subjetivo como las capacidades para ser parte y procesal, depende de una cierta vinculación de las personas que se presentan como parte con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal. Sobre las consecuencias de su concurrencia o a su falta, se mantiene bien que la concurrencia del requisito condiciona la estimación de la pretensión, que sea dictada la sentencia favorable pedida por el actor; bien que el requisito de legitimación afecta a la admisibilidad de la pretensión, a la posibilidad de que haya un pronunciamiento sobre ella en sentido favorable o desfavorable. En efecto, se venía distinguiendo entre "legitimatio ad processum" (referida a las capacidades) y "legitimatio ad causam" (titularidad activa y pasiva del asunto planteado en el proceso; "res in iudicium deducta"). Esta "legitimatio ad causam", referida a las condiciones subjetivas para la estimación de la pretensión, en principio debía ser examinada juntamente a la estimación de la pretensión. Pero en ciertos casos, por razones prácticas, se consideró que algunos supuestos de "legitimatio ad causam" pudieran ser asimilados en su tratamiento procesal a la "legitimatio ad processum". Sin embargo, de ese modo, como denunció la doctrina (así, Gómez Orbaneja) se estaba privando a esta condición influyente de la estimación, de la plenitud del debate procesal y de las pruebas. De otro lado, sustenta la opinión de que la legitimación pueda ser examinada separada y previamente al debate de fondo el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico se mantengan supuestos particulares

12. Véase ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., págs. 151-78.
13. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., pág. 153, con cita de GÓMEZ ORBANEJA.

en que no coincida la titularidad de la relación jurídica material y el poder de deducir en juicio esa relación en nombre propio (por ejemplo, art. 1111 del Código Civil). En todo caso, lo bien cierto es que la realización jurisdiccional del ordenamiento exige que se especifique en determinado sujeto la protección que el ordenamiento ofrece y en otro sujeto la desventaja que ha de sufrir para que se realice esa protección. Esta circunstancia deriva en la mayoría de las ocasiones de la titularidad del derecho, pero no siempre es así (entre otros, legitimación para la defensa de intereses colectivos y de intereses difusos). La legitimación en definitiva representa los modos en que el Derecho determina quién puede obtener una tutela judicial de contenido determinado, qué tutela puede obtener y frente a quién puede ser obtenida.

Particularmente, la legitimación pasiva corresponde, entre otros supuestos, al obligado frente al derecho que se hace valer mediante la pretensión procesal interpuesta».

En definitiva, si se trata de legitimación por titularidad, en la sentencia no se deberá hacer constar en realidad la legitimación, sino a lo sumo la afirmada titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso¹⁴; al margen de que después, en la propia sentencia, motivadamente en sus fundamentos de derecho, no se haya reconocido tal titularidad. En caso de que se trate de legitimación legal o para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, así se hará constar igualmente en la misma sentencia.

Igualmente habrá de hacerse constar «el objeto del juicio». No parece que cuando se exige esta constancia deba incluirse el objeto del proceso técnicamente considerado (*petitum* mediato e inmediato y *causa petendi* integrada por los hechos constitutivos identificadores). Más bien, como opina GARBERÍ¹⁵, habrá que hacer constar «con una breve frase... sobre qué materias versa el proceso, es decir, cuál es, genéricamente hablando, el tipo de litigio suscitado en el proceso al que la sentencia pone término... una especie de informal *editio actionis* que, desde el primer momento, y en muy pocas palabras, nos informe del asunto general que vaya a ser decidido»¹⁶.

b) Constancia del Procurador y Abogado de las partes

La actuación de Abogado y Procurador, por ser preceptivo o porque voluntariamente se haya optado por sus servicios, supone que en la sentencia se haga constar el nombre y apellidos de tales profesionales¹⁷.

14. Para GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Resoluciones judiciales (arts. 206 a 215)», en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 2 (con TORRES, DURO y CASERO), cit., págs. 366-7, no habría que hacer constar la afirmación de titularidad, sino solamente en los supuestos de legitimación por sucesión procesal (arts. 16-18 LEC) o por *legitimatío ope legis*, se hará constar la existencia de dicha transmisión o la mención a la norma legal la que debe figurar en el encabezamiento. Todavía más restrictivo RODRÍGUEZ MERINO, A., «Artículo 209», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I (dir. A. M. LORCA), cit., pág. 1377, señala que «tal vez se está refiriendo el legislador a los supuestos especiales que contempla del artículo 11 de la LEC/2000».
15. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Resoluciones judiciales (arts. 206 a 215)» (con TORRES, DURO y CASERO), cit., pág. 367.
16. En similar sentido, GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., «Reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I. Arts. 1 a 516 (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPPA), Elcano, 2001, pág. 767, señala que se hará constar el tipo de procedimiento que se ha llevado a cabo, con designación de la acción de que se trate.
17. Según el artículo 399.2, en la demanda «junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del Procurador y del Abogado, cuando intervengan».

La importancia de hacer constar el nombre y apellidos del Letrado y del Procurador es relativa. Se trata de una cuestión que puede tener interés a lo sumo en orden a intereses colegiales, o respecto a pretensiones económicas de los profesionales, para acreditar su actuación a efectos de cobro de honorarios. Pero sin ninguna trascendencia en el ámbito procesal. La jurisprudencia ha concedido poca importancia a esta irregularidad. En general, ha considerado que no tienen virtualidad de producir quebrantamiento de forma irregularidades en el encabezamiento como defectos o errores de redacción tales como, por ejemplo, señalar que el demandado actúa como demandante, o consignar como Presidente a persona distinta a la que se hizo constar en el acto de vista. Y más concretamente, ha señalado que la omisión del nombre del Letrado en la sentencia carece de trascendencia sobre la validez de la misma; como lo es igualmente el que se haga constar, en caso de intervención de varios profesionales, solamente al que actuó en un primer momento. Todo ello, podría constituir irregularidad, «desde el punto de vista de las normas colegiales, pero en absoluto en la perspectiva procesal».

STS (Sala 1ª), 8 junio 1992 (RJ 1992, 5174).

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

Irregularidades en el encabezamiento de la sentencia no tienen virtualidad para entender producido quebrantamiento de forma.

«Ha de reconocerse que, efectivamente, en el encabezamiento de la resolución recurrida, y aun cuando previamente se consignan los nombres del abogado y procurador de la entonces y hoy recurrente, se induce a error, al añadirse, en un paréntesis abierto y no cerrado, que en el acto de vista de apelación asistió a la vista —sin decir en qué concepto— la propia “demanda” —cuando en realidad era demandante, señora G.-T.—, pero obvio es que tal defecto de redacción del encabezamiento, en modo alguno puede ser estimado como un quebrantamiento de forma que, por producir una indefensión que, ni aún aparece alegada, pueda servir de apoyo a un motivo de casación fundado en el núm. 3º del art. 1692. Y lo mismo cabe decir en cuanto a una pretendida contradicción entre la sentencia de apelación y la de Primera Instancia que el recurrente imputa a la circunstancia consignarse en la segunda hacer suyos los razonamientos de la primera, así como al error sufrido en la sentencia de apelación al consignarse como Presidente de la Sala a un Magistrado, cuando en realidad, en el acta de la vista, se hizo constar que era otro, error éste material, corregido con posterioridad por Auto de la Audiencia Provincial que dictó la S. 3-7-1989; razones todas ellas por las que procede el rechazo de este primer motivo».

STS (Sala 1ª) 25 junio 1990 (RJ 1990, 4893).

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

La omisión del nombre del letrado en la sentencia carece de trascendencia sobre la validez de la misma.

«denunciándose, en primer lugar, como infracción de las normas reguladoras de la sentencia, la del art. 372.1º de la Ley procesal al no expresarse en el encabezamiento de la recurrida los nombres de los abogados de las partes litigantes. Si bien es cierta la omisión así denunciada, no lo es menos que el recurrente, apelado en la alzada, tuvo cabal conocimiento de cuál fue el Letrado Director de la contraparte por la mención nominativa contenida en la diligencia del acta de vista, pero es que, además, el incumplimiento de tal formalidad, en atención a su naturaleza puramente adjetiva, carece de

absoluta trascendencia en punto a la validez intrínseca de la sentencia y, desde luego, no puede producir indefensión alguna, y, también, es de tener en cuenta que la estructura de las sentencias vino a quedar modificada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, al no exigir en su art. 248.3 que en la formulación de las mismas se haga expresión de los nombres de Abogados y Procuradores; por otro lado, sería también discutible que una omisión de esa índole tuviera acceso a la casación pues al pertenecer el art. 372 al orden procesal, la vigilancia de su observancia correspondería al régimen interno de los Tribunales, según se expresa en el artículo siguiente, el 373, lo que determina, en definitiva, la improcedencia de la meritada infracción».

STS (Sala 3ª, Secc. 7ª), 9 junio 2000 (RJ 2000, 4771).

Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres.

No vulnera las formas hacer constar en la sentencia solamente el primero de los letrados que intervino.

«no cabe hablar aquí de un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, pues no puede dársele tal valor al hecho de que en la sentencia se haya hecho constar solamente al Letrado que figuró como tal en el escrito de interposición del recurso y no el que al parecer firma los sucesivos escritos, lo cual, en su caso, podría constituir por parte de éste una irregularidad, desde el punto de vista de las normas colegiales, pero en absoluto en la perspectiva procesal en que aquí debemos movernos, ya que hasta incluso la misma parte reconoce que era sabedora de la situación que se estaba produciendo, sin que la hubiese denunciado ni tampoco ofrezca causa para que debamos entender que el proceso haya resultado esencialmente viciado por la intervención de un Letrado respecto del que se lanza la teoría de que quizás fuese incompatible para intervenir en él y cuya única anomalía procesal respecto al mismo sería la de no haber reproducido su nombre en el encabezamiento de la sentencia».

Los datos del encabezamiento de la sentencia tienen efectos meramente identificativos del procedimiento, del tema que versa y de las partes procesales en el mismo. Convendrá que figuren todas los datos previstos legalmente a tal efecto (artículo 209.1ª LEC) así como no cometer errores en los mismos, pero, en caso de que se produzcan ausencias o errores, podrán ser subsanados en cualquier momento¹⁸. Incluso es posible que se entienda cumplido el requisito cuando figuren tales indicaciones o se desprendan con claridad en otras partes de la sentencia.

18. En ese sentido, RIBELLES ARELLANO, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 1 al 280* (COORD. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIVÁ Y VALLAS), cit., pág. 787.

Tasación de costas

RICARDO JUAN SÁNCHEZ

Artículo 241. Pago de las costas y gastos del proceso.

1. Salvo lo dispuesto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, cada parte pagará los gastos y costas del proceso causados a su instancia a medida que se vayan produciendo.

Se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquellos que se refieran al pago de los siguientes conceptos:

1ª Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivos.

Artículo 243. Práctica de la tasación de costas.

2. No se incluirán en la tasación los derechos correspondientes a escritos y actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley, ni las partidas de las minutas que no se expresen detalladamente o que se refieran a honorarios que no se hayan devengado en el pleito.

El Secretario Judicial reducirá el importe de los honorarios de los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, cuando los reclamados excedan del límite a que se refiere el apartado 3 del artículo 394 y no se hubiese declarado la temeridad del litigante condenado en costas.

No es objeto de este trabajo realizar una exposición íntegra y analítica sobre el concepto de las costas procesales, su tasación, impugnación y exacción judicial. Las cuestiones que aquí se van a abordar son las relativas a la determinación de las partidas económicas que relacionadas con los Abogados y Procuradores deben formar parte de las costas procesales y por tanto deben ser tasadas.

A efectos introductorios diremos que la tasación de las costas tiene por finalidad determinar el importe exacto del crédito que surge a favor del litigante —no del profesional que le defiende o representa en juicio— que obtiene un pronunciamiento judicial favorable en cuanto a las costas procesales. Mediante la liquidación de ese crédito, además se crea el título ejecutivo (artículo 517.2.9ª LEC) con el que posteriormente exigirá su pago en vía judicial.

STSJ de Madrid núm. 88/2002 (Sala de lo Social, Sección 6ª), de 28 de febrero (JUR 2002, 118281).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Juanes Fraga.

El principio de unidad del acto no es absoluto: cabe atender a circunstancias concretas, sin que se vulnere la oralidad y la inmediación.

«El principio de concentración o unidad de acto, fundamento de la resolución del Juzgado, no es absoluto, pues el art. 76.2 LPL regula el examen de testigos antes de iniciarse el proceso, el art. 78 permite la práctica anticipada de pruebas dentro del proceso ya iniciado pero antes del juicio oral, el art. 87.1 prevé la suspensión del juicio para el reconocimiento judicial y el art. 88 se refiere a las diligencias para mejor proveer a reallzar después del juicio. De otro lado, hay que entender que el interrogatorio domiciliario de testigos previsto en la LEC es aplicable en el proceso social con base en la supletoriedad de la ley civil, con arreglo al art. 4 LEC y disposición adicional la I LPL. La regulación de la prueba en la LPL es fragmentaria, regulando solamente las especialidades del proceso social tras establecer en el art. 90.1 LPL una remisión general a la regulación legal. No existe incompatibilidad entre la regulación del interrogatorio domiciliario de testigos y los principios del proceso de trabajo. Hay que partir de la consideración de que la regulación de los procesos civiles se basa ya en gran medida en los mismos principios del proceso social. La exposición de motivos de la LEC manifiesta que incluso el proceso civil ordinario se basa en los principios de concentración, inmediación y oralidad, coincidentes con los recogidos en el art. 74.1 LPL salvo en que en éste se añade el de celeridad. En lo que respecta a la actividad probatoria, la incorporación de los principios de concentración, inmediación y oralidad es plena, si exceptuamos respecto al de concentración, la proposición de la prueba en el proceso ordinario, que se efectúa en la audiencia previa (art. 429 LEC). El art. 364 LEC dispone, en lo que ahora interesa, que si por enfermedad el tribunal considerare que algún testigo no puede comparecer en la sede de aquél, podrá tomarse declaración en su domicilio, pudiendo asistir las partes y sus abogados, y si no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado. Por una razón justificada se exceptiona la aplicación del principio de concentración, pero subsisten la oralidad y la inmediación».

La posibilidad de plantear nuevas preguntas o requerir aclaraciones de las respuestas dadas en una declaración testifical realizada en el domicilio del testigo, también se articulará como regla general en el interrogatorio de los testigos ante el órgano judicial, en virtud de lo preceptuado en el artículo 372 LEC. Ante estas nuevas consideraciones, ya sean mantenidas como nuevas preguntas o como solicitud de aclaración de conceptos que hayan podido quedar oscuros a juicio de la parte interesada en su clarificación, el Juez o Tribunal ordenará lo que estime conveniente, admitiendo tales consideraciones o denegándolas, por impertinencia o inutilidad.

Esta prerrogativa del tribunal podrá ser discutida por la parte según lo dispuesto en el artículo 369.2 LEC, requiriendo que se haga constar su protesta, a los efectos oportunos para la apelación, del mismo modo que se prevé para la impugnación de las preguntas iniciales formuladas por la contraparte, que se consideren por el impugnante improcedentes y que deberán ser inadmitidas (artículo 369.1 LEC), como ocurría con las preguntas que se formulaban en el interrogatorio de parte, tal y como viene referido en el artículo 303 LEC, antes mencionado.

Tacha de los peritos y testigos

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 343. Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas.

1. Sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente.

En cambio, los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las siguientes circunstancias:

1º Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus Abogados o Procuradores.

2º Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

3º Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus Abogados o Procuradores.

4º Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus Procuradores o Abogados.

5º Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

2. Las tachas no podrán formularse después del juicio o de la vista, en los juicios verbales. Si se tratare de juicio ordinario, las tachas de los peritos autores de dictámenes aportados con demanda o contestación se propondrán en la audiencia previa al juicio.

Al formular tachas de peritos, se podrá proponer la prueba conducente a justificarlas, excepto la testifical.

A) NECESIDAD DE UN SISTEMA DE TACHA DE PERITOS EN EL PROCESO CIVIL

El sistema de tacha de los peritos es una importante novedad introducida por la LEC 1/2000, consecuente con la propia regulación de la prueba pericial por la que los dictámenes periciales serán aportados bien por las partes o bien designados judicialmente.

En efecto, los dictámenes serán aportados con carácter general por las partes. Aquellos de que dispongan, elaborados por peritos por las partes designados, habrán de ser aportados con la demanda o con la contestación, si ésta hubiere de realizarse de forma escrita (artículo 336.1 LEC); si no fuera posible —justificado cumplidamente según el artículo 336.3 *sensu contrario*— previa expresión de los dictámenes, en cuanto dispongan de ellos y en todo caso antes de la audiencia previa

al juicio ordinario o antes de la vista en el verbal (artículo 337.1 LEC); y cuando la utilidad o necesidad de los dictámenes venga suscitada por la demanda o contestación, o por lo alegado en la audiencia previa, se aportarán por las partes, para traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista (artículo 338.2 LEC).

Asimismo, se mantiene la designación judicial de los peritos para casos concretos o previa solicitud. En algunos casos previo acuerdo de las partes (por ejemplo, artículos 229.4 y 5 LEC) o en otros sin tal previo acuerdo sino mediante sorteo. Así, si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, deberán anunciar el dictamen a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito conforme a la LAJG (artículo 339.1). En todo caso, podrán las partes solicitar la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial, sin que pueda ser solicitado con posterioridad a la demanda o a la contestación, salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones no contenidas en la demanda (artículo 339.2).

Podrá igualmente ser designado de oficio cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales (artículo 336.5).

Con la recusación se pretende apartar al perito del proceso concreto cuando su imparcialidad, objetividad o cualidad técnica sea dudosa por darse alguna de las circunstancias legalmente previstas. De ese modo, se evitará la realización del dictamen por ese perito y, en todo caso, su aportación, por lo que en ningún modo podrá ser objeto de valoración un dictamen inexistente, sin perjuicio de que el perito sea sustituido por otro en el que no concurren tales circunstancias. Con la tacha el efecto no es tan expeditivo. Simplemente se limita a advertir al tribunal de la concurrencia de las mismas o similares circunstancias para que sean tenidas en cuenta en el momento de la valoración del dictamen por el juzgador. En palabras de PICÓ²¹, la tacha es un «mecanismo dirigido al juez mediante el cual se le pone en precaución o advertencia del dictamen emitido por peritos que pueden estar afectados de parcialidad y por ello no ser veraces». Como indica la SAP (Secc. 1ª) Jaén, 11 diciembre 1998 (AC 1998, 8386), «las tachas no incapacitan al testigo para serlo, no siendo más que motivos de recelo o sospecha que hacen que se deba prestar singular atención al valor de la prueba, al influjo que las circunstancias hayan podido ejercer en la fidelidad del testimonio prestado». Pudiendo, en definitiva, ser creído o tomado en consideración por el Juzgador (SAP, Secc. 5ª, Vizcaya, 3 septiembre 1997 [AC 1997, 1941])²².

21. PICÓ I JUNOY, J., «Art. 343», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (dir. LORCA), Valladolid, 2000, pág. 1903.

22. En opinión de PICÓ I JUNOY, J., «Art. 343», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (dir. LORCA), cit., págs. 1903-4, el sistema no garantiza suficientemente la imparcialidad, puesto que no permite en ningún caso la recusación en los dictámenes aportados por las partes.

STS (Sala 1ª) 21 diciembre 1998 (RJ 1998, 9562).

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Tacha de testigos, diferencia con Inhabilidad para declarar.

«La tacha de testigos, que siempre hay que advertir no es lo mismo que su inhabilidad para declarar –inhabilidad natural (artículo 1246 CC) e inhabilidad legal (artículo 1247)–, no es medio de prueba, sino más bien opera como precaución o advertencia que la Ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testimoniales de aquellas personas que puedan estar afectadas de parcialidad y por ello no ser veraces. Las tachas no tienen otro trámite que el de la prueba de las causas que se alegan, si se solicita la misma (artículo 664 LEC), y tanto se practique, como no, en la sentencia donde el Juez debe valorar la tacha alegada y la importancia del testimonio del testigo tachado, con lo que no se impide estimar en todo o en parte el valor probatorio de estas declaraciones (SS. 3 diciembre 1984 [RJ 1984, 6026], 1 junio y 10 noviembre 1989 [RJ 1989, 4281 y 7867], 23 noviembre 1990 [RJ 1990, 9043] y 6 octubre 1994 [RJ 1994, 7804]), al autorizar el artículo 1248 del Código Civil y el 659 de la Ley Procesal Civil su apreciación discrecional, para lo que se puede tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada testigo y entre éstas aquellas por las que fueron tachados. Tal actividad valorativa no es objeto de censura casacional. La Sentencia de 20 julio 1995 (RJ 1995, 6194) declara que la tacha actúa como circunstancial y ha de apreciarse en concurrencia con otras coyunturas que se den».

SAP (Secc. 14ª) Madrid, 24 enero 2000 (AC 2000, 3094).

Ponente: Ilma. Sra. Dª Amparo Camazón Linacero.

«La tacha de testigos, que no es lo mismo que su inhabilidad para declarar (inhabilidad natural, artículo 1246 del Código Civil, e inhabilidad legal, artículo 1247 del mismo texto legal, que no concurre en este supuesto) no opera más que como precaución o advertencia que la Ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testimoniales de aquellas personas que puedan estar afectadas de parcialidad y por ello no ser veraces. Las tachas no tienen otro trámite que el de la prueba de las causas que se alegan, si se solicita la misma (artículo 664 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y tanto se practique, como no se practique, es en la sentencia donde el juez debe valorar la tacha alegada y la importancia del testimonio del testigo o testigos tachados, con lo que no se impide estimar en todo o en parte el valor probatorio de estas declaraciones (SSTS de 3 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6026], 1 de junio [análoga a RJ 1998, 9562] y 10 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 7867], 23 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 9043] y 6 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7804]), al autorizar el artículo 1248 del Código Civil y el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil su apreciación discrecional, para lo que se puede tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada testigo y entre éstas aquellas por las que fueron tachados».

SAP (Secc. 2ª) Córdoba, 29 de octubre 1999 (AC 1999, 2085).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

«debe recordarse la doctrina jurisprudencial que viene puntualizando que la tacha no impide al Juzgado estimar, en todo o en parte, el valor probatorio de las declaraciones de los testigos tachados (S. 23-11-1990 [RJ 1990, 9043]), sin que la existencia de la posible tacha sea una más de las circunstancias que en ellos concurren y que habrá de apreciarse conjuntamente con las otras circunstancias y con la razón de ciencia que hubieren dado y todo ello conforme a las reglas de la sana crítica (SS. 7-5-1982 [RJ 1982, 2557], 31-12-1984, 16-2, 1-6, 10-11-1989 [RJ 1989, 7867]), de ahí que el TS haya declarado en numerosas ocasiones que la tachabilidad del testigo no obsta a la

apreciación de la prueba testifical y, con carácter concreto, ha admitido la eficacia de testimonios prestados por personas unidas a la parte proponente por un vínculo jurídico (mandato, arrendamiento de servicios, relación laboral, servicio doméstico, etcétera)».

SAP (Secc. 1ª) Jaén, 11 diciembre 1998 (AC 1998, 8386).

Ponente: Ilma. Sra. Dª Elena Arias-Salgado Robsy.

Tacha de testigos como influyente en la valoración de la prueba.

«las tachas no incapacitan al testigo para serlo, no siendo más que motivos de recelo o sospecha que hacen que se deba prestar singular atención al valor de la prueba, al influjo que las circunstancias hayan podido ejercer en la fidelidad del testimonio prestado (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 diciembre 1984 [RJ 1984, 6026] o 6 mayo 1983 [RJ 1983, 2673])».

SAP (Secc. 5ª) Vizcaya, 3 septiembre 1997 (AC 1997, 1941).

Ponente: Ilma. Sra. Dª María de las Mercedes Oliver Albuérne.

Posibilidad de ser creído el testigo a pesar de la tacha.

«como tiene declarado la jurisprudencia, la tacha, que sólo es aviso destinado a prevenir al órgano jurisdiccional acerca del contenido de las manifestaciones del testigo, pierde interés al ser utilizado por la parte que lo tacha; y por último decir, que un testigo tachado puede ser creído por el juzgador».

En definitiva, con la nueva posibilidad –general y preferente– de que los dictámenes se aporten por la parte así como también la posibilidad de que sea designado judicialmente, y atendida la propia naturaleza y efectos de la recusación frente a la tacha, se entiende bien la necesidad de introducir un sistema de tacha de la prueba pericial en ciertos casos²³. El tema es simple, en primer lugar, la recusación no es útil para evitar que se emita un dictamen pericial que ya ha sido aportado por la parte, especialmente si lo ha sido en la demanda y contestación²⁴, cuando, por el contrario, la identidad de los peritos designados judicialmente es conocida por las partes antes de la emisión del dictamen, por lo que es factible la recusación²⁵; en segundo lugar, la propia aportación del dictamen pericial por la

23. Técnicamente fue correcto, por tanto, la no toma en consideración de lo afirmado en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LEC de 1997 (citado por GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516* (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA Y TAPIA), Elcano, 2001, pág. 1183, nota 1); y del mismo modo, el rechazo de la enmienda núm. 877 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso (citada por FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2000, pág. 73, nota 52). En tal enmienda se argumentaba que el trámite de tacha de peritos era manifiestamente inoperante e innecesario, debido a que la garantía de independencia y objetividad del perito se encontraba suficientemente amparada por el régimen general de inadmisibilidad de los medios probatorios y por el régimen de declaración de ilicitud de la prueba.

24. Cfr. FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, cit., pág. 73. En similar sentido otros como GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)* (con otros), cit., pág. 395.

25. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Prueba pericial (arts. 335-352)» en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 3 (con TORRES, DURO Y CASERO), Barcelona, 2001, pág. 171.

parte presupone una relación contractual de servicio entre la parte y el perito a cambio de unos honorarios, lo que en caso contrario impediría la operatividad de esta prueba pues el perito sería *per se* recusable al generarse una situación de dependencia. Sin embargo, esta relación contractual no excluye el deber del perito de emitir su dictamen con la mayor objetividad posible de acuerdo con las normas y reglas de su profesión (artículo 335.2 LEC²⁶), cuyo control es más apropiado mediante un sistema de tacha ya que se proyecta sobre la valoración de la prueba²⁷.

B) SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE TACHA FRENTE A LOS QUE SERÁN OBJETO DE RECUSACIÓN

Empieza el artículo 334.1 LEC disponiendo categóricamente que «sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente. En cambio, los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha...».

No obstante lo categórico y la aparente sencillez de este precepto, es necesario concretar qué supuestos serán objeto de tacha frente a los que serán objeto de recusación, puesto que en ciertos casos no resulta claro qué mecanismo será el adecuado.

Advierte RIFA²⁸ que el tenor de este precepto es contradictorio con el del artículo 124.1 LEC. Según este último, «sólo los peritos designados por el tribunal mediante sorteo podrán ser recusados», de modo que no todos los peritos designados judicialmente podrán ser recusados. A juicio de este autor, opinión que comparto, se está distinguiendo en realidad a los peritos designados por el Tribunal mediante sorteo (aunque el sorteo se realice solamente para proveer la primera designación de la lista, siendo designados el resto según el orden en que se hallaren en tal lista, sin sorteo) respecto de aquellos otros que, a pesar de la designación judicial, concurre un previo acuerdo de las partes. Estos últimos, a pesar de ser designados judicialmente, interpretando sistemáticamente el artículo 334.1 y el artículo 124 ambos LEC, deberían ser objeto de tacha y no de recusación, principalmente aquellos peritos designados previo acuerdo de las partes.

C) CIRCUNSTANCIAS POR LAS QUE LOS PERITOS PODRÁN SER OBJETO DE TACHA

Si comparamos las circunstancias por las que los peritos podrán ser objeto de tacha con las causas de abstención y recusación de Jueces y Magistrados previstas

26. Se refiere a actuación pericial «con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito».

27. RIFA SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS Y VALLS), cit., págs. 1612 y 1614.

28. RIFA SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS Y VALLS), cit., pág. 1613.

en el artículo 219 LOPJ, las de recusación de los peritos prevista en el anterior por remisión y en el artículo 124 LEC y las causas de tacha de los testigos prevista en el artículo 377 LEC, comprobaremos cómo son prácticamente idénticas en su base. Es así porque comparten en definitiva una similar finalidad: el deber de imparcialidad y objetividad en las funciones o actividad de Jueces y Magistrados, testigos y peritos.

Sin embargo, además de las causas específicas como la del artículo 343.1.5ª relativa al posible desmerecimiento en el concepto profesional del perito, se solapan algunas diferencias aunque sean de matiz.

a) Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus Abogados o Procuradores.

Las relaciones familiares con las partes o con los profesionales que las asisten o representan, con independencia de que de hecho supongan o no lazos afectivos, ponen en entredicho objetivamente la calidad del dictamen pericial, al no concurrir la necesaria desvinculación subjetiva del perito, más allá de la que deriva del contrato de prestación de servicios a cambio de contraprestación que les una.

El artículo 219.1 y 2 LOPJ similarmente se refiere al «vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior» (las partes y, en su caso, el Ministerio Fiscal) y lo mismo respecto del Letrado y el Procurador, si bien en este caso para la recusación el parentesco se reduce al segundo grado. Igualmente, el artículo 377.1º LEC incluye entre las causas de tacha de testigos el «ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su Abogado o Procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo».

La primera diferencia prevista en la tacha del perito respecto de la del testigo y de la recusación es la señalada ampliación del grado de parentesco del segundo al cuarto grado y, de ese modo, la equiparación de todas las situaciones en materia de tacha tanto de perito como de testigo. Así, se exige para la tacha siempre el mismo grado de parentesco con el perito, el cuarto grado, con independencia de que lo sea respecto de las partes o del Abogado y Procurador.

La segunda diferencia es la referencia más genérica a las situaciones de «parentesco» en el artículo 343.1 LEC para la tacha de peritos respecto de los artículos 219. 1 y 2 LOPJ y 377.1º LEC, relativos a la recusación de Jueces y Magistrados y tacha de testigos respectivamente. En el primer precepto se alude simplemente a «ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado». Sin embargo, respecto de la relación como «cónyuge», el artículo 219.1 y 2 LOPJ alude al «vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable»; y respecto a la relación de parentesco, el artículo 377.1º LEC añade como situación equivalente la de «hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo».

En mi opinión, y en contra de lo manifestado por algún autor²⁹, la referencia del artículo 343 LEC es lo suficientemente amplia como para entender incluida en ella toda situación familiar que, dentro de los grados expresados, pueda equipararse (pareja de hecho, adopción, tutela y similares).

b) Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate o en otro semejante.

La calidad del dictamen pericial exige igualmente desvinculación del perito con el objeto del proceso. Por ello que el interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante pueda motivar la tacha del perito.

También se prevé este motivo como causa de recusación y tacha de testigos. El artículo 219.9 LOPJ se refiere como causa de recusación de Jueces y Magistrados a «tener interés directo o indirecto con el pleito o causa»; y en términos muy similares, como causa de tacha de testigo, el artículo 377.3º LEC alude a «tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate». Como se observa, los términos utilizados son prácticamente idénticos, la diferencia de fondo parte de que, en relación con el perito, y correlativa curiosamente con la previsión del artículo 367.1.4º LEC relativa a las preguntas generales al testigo, se incluye aquí el interés no sólo en el asunto de que se trate o en el pleito o causa, sino también «en otro semejante».

La referencia al interés directo no ofrece dificultades de comprensión tanto a la hora de explicar el motivo de la causa de tacha, dada la vinculación objetiva que supone y la consiguiente merma de calidad del dictamen, como los posibles supuestos a los que se refiere (el ejemplo más claro se plantea cuando el perito pudiera verse afectado por la sentencia dictada en el mismo proceso en el que emite y aporta su dictamen).

Mayores dudas plantea, sin embargo, el llamado «interés indirecto». Por la naturaleza de la misma labor pericial, tanto por la relación contractual del perito con las partes o sus Abogados como por el mero prurito profesional del mismo, el perito siempre va a tener un cierto interés «indirecto» de que su dictamen prevalezca. Asimismo, la referencia al «interés indirecto» puede estar abarcando ya, sin necesidad de referencia expresa, al interés «en otro semejante»³⁰. A mi juicio, a pesar de reconocer que la previsión puede en efecto resultar en cierto modo imprecisa y hasta incluso reiterativa partiendo de ciertas interpretaciones de la expresión «interés... indirecto en el asunto», considero acertada y conveniente el matiz previsto sobre el interés también «en otro semejante».

Una debida interpretación del interés indirecto debería dar cabida a toda situación por la que el perito pueda obtener un beneficio del pleito en el que

29. RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (COORD. CON FERNÁNDEZ-BALLESTEROS Y VALLS), cit., pág. 1615.

30. En este sentido, RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (COORD. CON FERNÁNDEZ-BALLESTEROS Y VALLS), cit., págs. 1615-6.

aporta el dictamen distinto al que por naturaleza deriva de la propia actividad pericial. El beneficio indirecto puede consistir, por ejemplo, en que el resultado del primer proceso en el que aporta el dictamen, por tener unidad de razón con otro segundo semejante, favoreciera un resultado favorable en el segundo, siendo que el perito pudiera resultar afectado por la cosa juzgada de éste (interés indirecto en el primer proceso por tener interés directo en un segundo proceso semejante). Sin embargo, considero adecuada la inclusión de la referencia al asunto semejante por cuanto de ese modo se excluyen posibles interpretaciones restrictivas o literalistas que pudieran reducir el interés al beneficio —directo o indirecto— en el propio proceso en el que emite el dictamen. Por ejemplo, reducido el interés directo al supuesto en que el cónyuge, pareja de hecho o parientes del perito pudieran beneficiarse directamente de la sentencia en la que el perito aporta el dictamen y, por tanto, se beneficiaría de este modo indirectamente.

Los supuestos imaginables son ciertamente numerosos. En todo caso, la referencia al interés en otro asunto semejante en mi opinión contribuye al menos a evitar interpretaciones restrictivas por las que pudiera pretenderse excluir de la tacha de peritos situaciones de vinculación objetiva del perito en el proceso en el que aporta su dictamen.

STS (Sala 1ª) 15 noviembre 2002 (RJ 2002, 349).

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

No supone interés directo el que un testigo pueda haber sido perito de una parte.

«en concreta referencia al motivo, que entiende que el testigo tiene interés directo en el pleito, siendo así que sólo consta que precedentemente se limitó a la práctica de una prueba pericial, que le encomendó la entidad aseguradora, sin que su realización implicara relación laboral alguna con la entidad encomendante. Pero es que además tampoco puede entenderse que tenga interés directo en el pleito, pues por tal ha de entenderse el que puede verse afectado por el fallo y no alcanza a este Tribunal, que ello pudiera ocurrir con relación al referido testigo».

SAP Segovia, 22 mayo 1998 (AC 1998, 5637).

Ponente: Ilma. Sra. Dª Concepción Espejel Jonquera.

Interés directo como efecto de cosa juzgada de la sentencia.

«es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que la circunstancia de que los testigos propuestos sean empleados de la parte, no comporta la incapacidad de los mismos para declarar, dado que tal condición podría suponer, a lo sumo, un interés indirecto, subordinado o dependiente pero no el interés directo al que se refiere el párrafo primero del art. 1247 del CC, por lo que representaría únicamente la posibilidad de tachar al testigo, pero no su inhabilitación para testificar, SSTS 23 noviembre 1990 (RJ 1990, 9043), 5 julio 1991 (RJ 1991, 5568), y en semejantes términos 30 noviembre 1991 (RJ 1991, 8582), que concretó que el interés directo a los fines mencionados ha de entenderse en el sentido de efecto de cosa juzgada de la sentencia, de modo que sólo si ésta va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses quedará éste afecto por la causa de inhabilitación referenciada; habiendo precisado dichas sentencias que la tacha de los testigos o la posibilidad de ser tachados no impide al juzgador estimar en todo o en parte el valor probatorio de sus declaraciones; en análogos términos SSTS

12 noviembre 1985 (RJ 1985, 5578), 16 febrero 1989 (RJ 1989, 970), 1 junio 1989, 10 noviembre 1989 (RJ 1989, 7867) y 20 julio 1995 (RJ 1995, 6194), no puede dejar de reconocerse que la circunstancia apuntada en segundo lugar, es decir, la condición del declarante de implicado en el evento enjuiciado, como conductor del vehículo siniestrado, aunque el mismo no sea parte en este proceso, por no haber sido lesionado o perjudicado, siéndolo la propietaria del camión para la que trabajaba, la cual reclama en esta litis el costo de reparación del móvil y el lucro cesante dimanante de su paralización, efectivamente haría insuficiente su manifestación, contradictoria con la ofrecida por la contraparte, para llegar a la convicción de que el suceso se produjo en la forma que se declara probado; consideración que, sin embargo, no basta para concluir que no ha quedado evidenciada la forma en que se desarrollaron los hechos...».

c) **Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus Abogados o Procuradores.**

En relación con la tacha de testigos el motivo se amplía temporalmente puesto que en este último caso la relación de dependencia ha de serlo en el momento de prestar declaración (artículo 377.2ª LEC). Por lo demás, aunque cambia la redacción, se establece en ambos casos que la relación de dependencia o interés común o contradictorio con alguna de las partes (generalmente por la que lo hubiera propuesto) como con su Abogado o Procurador.

Obviamente la situación prevista en este apartado no incluirá la que deriva en esencia de la propia relación contractual de prestación de servicios a cambio de contraprestación que está uniendo al perito con la parte que propone tal prueba. Aunque solamente referida a la relación actual, puesto que si se trata de una relación anterior, se prevé como causa de recusación del perito (artículo 124.3.2ª LEC), y por tanto, también podrá ser objeto de tacha con mayor motivo. Sin embargo, según ha indicado la jurisprudencia, la actividad esporádica propia de la profesión de un abogado en actuaciones que directa o indirectamente afecten a una determinada persona no significarán por sí sola hallarse en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses a que se refiere esta causa, pues la dependencia ha de ser la habitual que genera servicios retribuidos (STS, Sala 1ª, 12 noviembre 1985).

STS (Sala 1ª), 12 noviembre 1985 (RJ 1985, 5578).

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.

«la actividad esporádica profesión de un Abogado en actuaciones que directa o indirectamente afecten a una determinada persona, en manera alguna puede significar, por sí sola, al tiempo de prestar declaración, el carácter de socio, dependiente o criado del que lo hubiera presentado, a que alude el número 2º del artículo 660 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues que este precepto al considerar la dependencia, se contrae no a la esporádica o accidental, sino a la habitual que genera servicios retribuidos, como tampoco la situación de íntima amistad o enemistad manifiesta que contempla el número 5.º del citado artículo 660, dado que esas situaciones, no son consecuencia de una accidental intervención profesional, sí que de lazos afectivos vinculantes derivados de relaciones afectivas sentimentales que no necesariamente se producen en las relacio-

nes de índole meramente profesional, que por su propia naturaleza, de no darse circunstancias especiales, se producen con independencia de situaciones amistosas personales».

d) Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus Procuradores o Abogados.

También se recoge este motivo a efectos de recusación y de tacha de testigos. El artículo 219.8 LOPJ, a efectos de recusación de jueces y magistrados, se refiere a la «amistad íntima o enemistad manifiesta...» (con alguna de las partes y/o el Ministerio Fiscal); y respecto de la tacha de testigos, el artículo 377.4^º LEC alude a «ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su Abogado o Procurador».

En este caso, al contrario de lo previsto para la recusación, además de la extensión no sólo a las partes sino también a su Abogado o Procurador, se omite la calificación de «manifiesta» de la enemistad. No obstante esta omisión, parece claro que la enemistad, como la amistad íntima, ha de ser de tal intensidad y lo suficientemente apreciable que permita considerar en el caso concreto que el dictamen pericial no reúne las condiciones de objetividad y calidad suficientes.

En todo caso, como indica la STS (Sala 1^ª), 12 noviembre 1985, *supra* citada, la amistad íntima o la enemistad surge «de lazos afectivos vinculantes derivados de relaciones afectivas sentimentales que no necesariamente se producen en las relaciones de índole meramente profesional, que por su propia naturaleza, de no darse circunstancias especiales, se producen con independencia de situaciones amistosas personales». En mi opinión, entre las causas de enemistad manifiesta podría encontrarse algunas de las previstas en el artículo 219 LOPJ, para la recusación de Jueces y Magistrados. Sería el caso del punto 4, en el supuesto de que el perito esté o haya sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta; en el punto 6, ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes; o en el punto 7, tener pleito pendiente con alguna de éstas.

e) Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

Por último, se cierra la enumeración de las causas por las que los peritos podrán ser objeto de tacha con una quizá demasiado genérica e imprecisa alusión a cualquier otra circunstancia distinta a las anteriores pero que permitan mantener que el dictamen pericial no ha sido elaborado con la necesaria objetividad y calidad profesional, en lo que respecta especialmente a su ciencia y técnica³¹.

31. Según PICÓ I JUNOY, J., «Art. 343» (dir. LORCA), cit., pág. 1904, la redacción de esta cláusula es «bastante deficiente», fundamentalmente por alusiones a conceptos tan imprecisos como «desmerecer» o «concepto profesional», siendo superflua e innecesaria la alusión a que deba estar debidamente acreditada.

Esta previsión es lo suficientemente abierta como para sostener y probar cualquier otra no expresamente contemplada o incluso prevista en supuestos análogos. Sería el caso de la inidoneidad del perito, su falta de capacidad técnica³², falta de titulación, conocimiento o práctica necesaria, así como el supuesto que contempla, *mutatis mutandi*, el artículo 377.5 LEC en relación con la tacha de los peritos: el haber sido el perito condenado por falso testimonio³³. O, en general, toda causa de recusación de peritos que no se halle expresamente contemplada, como el hecho de haber emitido anteriormente dictamen sobre el mismo asunto contrario a un parte, quien podrá por ello formular tacha, que es causa de recusación (artículo 124.3.1^º LEC).

D) PROCEDIMIENTO DE TACHA DE PERITOS

Como es nota común en toda la LEC, el procedimiento de tacha de peritos se regula con notable parquedad. Se limita a fijar el plazo máximo para formular las tachas, así como excluye la prueba testifical de la actividad conducente a su justificación. Lo que sí se contempla en el artículo 344.1 y 2 LEC es que «Si la tacha menoscabara la consideración profesional o personal del perito, podrá éste solicitar del Tribunal que, al término del proceso, declare, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento»; así como que «si apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulara, podrá imponer a la parte responsable, con previa audiencia, una multa de 60 a 600 euros».

a) Plazo de formulación.

El punto segundo del artículo 343 LEC empieza limitando el plazo máximo para formular tacha en función del tipo de procedimiento. Estos plazos son preclusivos para la formulación de las tachas y permiten un más efectivo ejercicio del derecho de defensa de la parte que pretenda valerse del dictamen.

En el juicio verbal, no podrá formularse después de la vista; en el ordinario, después del juicio. En este último caso, además, si el dictamen se aportó con la demanda o contestación, se propondrá en la audiencia previa al juicio. De este modo, si se aportó por la parte en un momento ulterior (artículos 337.1 y 338.2 LEC), o se designó judicialmente, sea previo acuerdo de las partes, mediante sorteo o designado de oficio, no podrá formularse después del juicio.

32. Así, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516* (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1183.

33. Para RIFA SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALS), cit., pág. 1616, también constituirían causa de tacha el haber sido condenado por falsificación (art. 397 CP) o intrusismo (art. 403 CP).

Esto supone un plazo preclusivo, de modo que no podrá formularse en momentos posteriores y particularmente, por lo aparentemente viable, en las denominadas «diligencias finales del juicio ordinario».

b) Prueba conducente a justificarla.

El artículo 343.2 LEC finaliza excluyendo la prueba testifical de la conducente a justificar la tacha. Sobre la valoración de esta limitación la doctrina se halla dividida. PICÓ³⁴ opina que esta restricción probatoria puede ser inconstitucional. La critica por considerarla «absolutamente injustificada». Considera que alcanza al derecho a intervenir en toda su extensión en la práctica de los diversos medios de prueba, limitándose de ese modo el derecho de prueba, reduciéndose la posibilidad de contradecir el dictamen e impidiendo al Juez valorar debidamente el dictamen, con carencia de toda proporcionalidad ya que no existe ningún derecho, valor o bien constitucionalmente protegido en conflicto con el derecho a la prueba. RIFÁ³⁵ considera que la LEC pretende que la tacha del perito, dada la relación contractual entre la parte y el perito, se haga con base en la existencia de alguna prueba documental que pueda acreditar alguna de las circunstancias que pueden fundar la tacha. Pretendiendo evitar, en definitiva, una prueba sin resultado aparente. GARCÍANDÍA³⁶ en cierto modo justifica la exclusión de la prueba testifical indicando que se trata de una limitación «al igual que sucede en el caso de las tachas de los testigos (artículo 379 de la LEC)».

c) Omisiones en materia de procedimiento.

Omite cualquier otra referencia de interés sobre aspectos procedimentales. Así, entre otras:

a') La forma en la que se formulará la tacha. Debiendo ser previa o simultánea a la vista o al juicio, parece excluirse, en el primer caso, la forma oral³⁷. Así, si es previa, se solicitará por escrito, en el que deberán concurrir los requisitos generales de competencia, capacidad, legitimación, postulación, etc., así como la expresión razonada de las circunstancias en que se basa la tacha, y con proposición, en su caso, de la prueba conducente a justificarla. Solamente si se solicita en la vista o juicio, la tacha podrá formularse oralmente, dada la forma de estos actos.

b') Los sujetos que podrán formular tacha. Posiblemente porque resulta lógico y general, quien formule la tacha será la parte que no ha presentado el dictamen. Sin embargo, cabe plantearse si quizá la parte que la propone pueda formular

34. PICÓ I JUNOY, J., «Art. 343» (dir. LORCA), cit., págs. 1905-6.

35. RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1617.

36. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas» (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1184.

37. A esta conclusión llega GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas» (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1184, por un examen integrado de los arts. 343.2, 347.1.6º y 427.2 LEC. Conclusión que comparte la mayor parte de la doctrina, por todos, PICÓ I JUNOY, J., «Art. 343» (dir. LORCA), cit., pág. 1905.

también tacha. La respuesta, desde un punto de vista del derecho positivo, parece que debe ser afirmativa³⁸. Como hemos visto, las circunstancias por las que los peritos podrán ser objeto de tacha se han redactado con la suficiente amplitud como para que concurren «de una de las partes», «con alguna de las partes», «con cualquiera de las partes» (artículo 343.1º, 3º y 4º LEC). Asimismo, el artículo 344.1 LEC prevé que «cualquier parte interesada podrá dirigirse al Tribunal a fin de negar o contradecir la tacha». Y, sobre todo, dado que el artículo 377.2 LEC contempla expresamente que la parte que propone a un testigo pueda tacharlo «si con posterioridad a la proposición llegare a su conocimiento la existencia de alguna de las causas de tacha».

38. En este sentido, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas» (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1183. En sentido contrario, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Prueba pericial (arts. 335-352)» en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 3 (con TORRES, DURO y CASERO), cit., pág. 171, afirma que la tacha del perito designado por las partes «deberá proponerse por aquella a quien perjudique su dictamen».

Reconocimiento judicial

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 354. Realización del reconocimiento judicial e intervención de las partes y de personas entendidas.

1. El tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer.
2. Las partes, sus Procuradores y Abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas.
3. Si, de oficio o a instancia de parte, el tribunal considerase conveniente oír las observaciones o declaraciones de las personas indicadas en el apartado segundo del artículo anterior, les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad.

El artículo 354 LEC contiene reglas generales para la realización del reconocimiento judicial y sobre la intervención de las partes y de personas entendidas, si bien han de ser integradas por las correspondientes normas especiales previstas para determinados objetos, es decir, las contenidas en los artículos 355 a 357 LEC cuando se trate de personas, o en supuestos de concurrencia con la prueba pericial o con la testifical.

Los temas más destacados que se regulan en el artículo 354 y de los que hemos de ocuparnos ahora se refieren a los elementos subjetivos y objetivos del reconocimiento judicial, esto es, la participación de las partes, Abogados, Procuradores y técnicos o prácticos en la materia, incluso el órgano judicial competente de modo indirecto, así como las medidas que podrán ser acordadas para la efectividad del reconocimiento.

A) ASPECTOS SUBJETIVOS DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

a) Órgano jurisdiccional competente para la realización del reconocimiento.

Como dispone el artículo 289.2 LEC, «será inexcusable la presencia judicial... en el reconocimiento de lugares, objetos o personas...». El Juzgador, sea unipersonal o, en su caso, colegiado, participará activamente poniéndose en contacto directo y percibiendo directamente el objeto de reconocimiento.

SAP Las Palmas, 29 octubre 1998 (AC 1998, 7350).

Ponente: Ilma. Sra. D^a María Margarita Varona Faus.

Naturaleza del reconocimiento judicial.

«No sólo la propia naturaleza jurídica de tal medio probatorio lo configura como aquel en que la percepción la efectúa el Juez sin intermediarios, directamente, representándose dentro de sí los estímulos que le ofrece el objeto litigioso, por lo que constituye una prueba directa, que se traduce en una percepción judicial personal e inmediata (vid. SSTs 13 abril 1962 [RJ 1962, 2024], 24 octubre 1969 [RJ 1969, 4978] y 18 mayo 1978 [RJ 1978, 1855])...».

El artículo 354 LEC alude únicamente al «Tribunal». Expresa que «el Tribunal podrá acordar...» las medidas necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento y, aunque no lo expresa directamente, da a entender que será este mismo tribunal quien realizará el reconocimiento cuando se refiere a que las partes y sus Procuradores y Abogados podrán «hacer al Tribunal...» las observaciones oportunas y, si considera oportuno oír las, les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad.

El reconocimiento no basta con que sea judicial, sino que ha de serlo precisamente ante y por el Juzgador que esté conociendo del asunto. Según indica el artículo 137.1 LEC «los Jueces y Magistrados miembros del Tribunal que esté conociendo de un asunto presencián... cualquier otro acto de prueba que... deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente». Incluso sanciona el punto tercero del mismo precepto su infracción con la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones.

Sin embargo, el principio de inmediatez encuentra aquí también una limitación en cuanto será posible que el reconocimiento se realice mediante auxilio judicial. En efecto, la práctica del reconocimiento se realizará, desde un punto de vista espacial, bien en la sede del órgano judicial que está tramitando el asunto o fuera de él, en función de que el objeto del reconocimiento exija o imponga la necesidad de que el Juzgador se desplace al lugar en que se halle el objeto. Concretamente, si se trata de reconocer bienes inmuebles o muebles de difícil traslado al Tribunal, así como en ciertos casos, «si las circunstancias lo aconsejaren», cuando se trate de personas (artículo 355.1 LEC), se realizará «fuera de la sede del Tribunal». En todos estos supuestos, cuando el bien o la persona se hallen en el territorio de su circunscripción, el Tribunal se constituirá en el lugar donde se hallen (artículo 129.3 LEC). Y en caso de que se sitúen fuera de tal circunscripción y, además, el tribunal «no considere posible o conveniente hacer uso de la facultad que le concede esta Ley de desplazarse fuera de su circunscripción para practicarlas» (artículo 169.2 LEC), se practicarán mediante auxilio judicial. Correspondiendo realizar la práctica del reconocimiento, por tanto, al Juzgado de Primera Instancia del lugar en cuya circunscripción se halle el objeto de reconocimiento (artículo 170 LEC). Debiéndose en tal caso documentarse en acta y, en su caso, mediante medios

técnicos de reproducción de la imagen y el sonido, a efectos de su valoración por el Juez que está conociendo³⁹.

Esta posibilidad de utilizar el auxilio judicial, no obstante, ha de ser matizada. Con carácter general porque, dadas las características de la prueba de reconocimiento, el auxilio judicial será un método excepcional. Los términos del artículo 169.2 LEC son rotundos al referirse a que se limitará a los casos en que «el Tribunal no considere posible o conveniente hacer uso de la facultad que le concede esta Ley de desplazarse fuera de su circunscripción». Con carácter general, lo necesario o conveniente para la Administración de Justicia será que el Tribunal se constituya en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción tal y como autorizan los artículos 268.2 LOPJ y 128.3 LEC⁴⁰. Con carácter particular, el auxilio judicial quedará excluido en aquellos casos en que el reconocimiento judicial deba llevarse a cabo por órgano colegiado. Como pone de manifiesto FONT SERRA⁴¹, la práctica no se atribuye, como ocurría con la LEC de 1881, al Magistrado ponente, pues el artículo 181.2 LEC solamente le atribuye el «examinar la proposición de medios de prueba que las partes presenten e informar sobre su admisibilidad, pertinencia y utilidad», debiendo practicarse la prueba, por tanto, ante el Tribunal colegiado. Incluso si se entiende aplicable el artículo 205.3 LOPJ, por el que se le atribuye al magistrado ponente el «presidir la práctica de las pruebas declaradas pertinentes, siempre que no deban practicarse ante el Tribunal», su interpretación conduce a que deba practicarse ante el Tribunal y, por tanto, ante todos los Magistrados. Siendo así, y dado que no se permite la delegación al Juez de Primera Instancia, en caso de que el reconocimiento judicial corresponda a un órgano colegiado, no parece que quepa posibilidad de auxilio judicial.

b) Comparecencia e intervención de las partes en la práctica del reconocimiento judicial.

El artículo 354.2 LEC expresa con rotunda claridad que «las partes, sus Procuradores y Abogados podrán concurrir al reconocimiento judicial y hacer al Tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas»⁴². Igualmente, conforme

39. RIFA SOLER, J. M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1652.

40. FONT SERRA, E.: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, cit., pág. 243.

41. FONT SERRA, E.: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, cit., págs. 245-6. En el mismo sentido, MONTERO AROGA, J.: *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 3^a ed., 2002, pág. 339, señala que el art. 181 LEC no alude ya a esa función y que el art. 205.3 LOPJ, matiza que el ponente presidirá la práctica de las pruebas «siempre que no deba practicarse ante el tribunal», y el del reconocimiento es uno de los casos más obvios en la que la prueba deben presenciaria todos los magistrados. También, con base en lo previsto en el art. 289.2 LEC, GARBERI LLOBREGAT, J.: «Reconocimiento judicial (arts. 353-359)» en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 3 (con TORRES, DURO y CASERO), cit., págs. 202-3, opina que deberán estar presentes todos los magistrados de la sala o sección.

42. El precepto está pensando en que se practique fuera del órgano jurisdiccional, en caso contrario, la previsión es innecesaria. En realidad se trata de una concreción de la regulación general prevista en la Secc. 3^a, del Capítulo V, Título I del Libro segundo de la LEC, particularmente los arts. 289 y 291 LEC.

el artículo 354.3 en relación con el artículo 353.2 ambos LEC, podrán concurrir las partes al acto «con alguna persona técnica o práctica en la materia».

La presencia efectiva en el proceso no es necesaria, no existe obligación alguna de comparecer, sin perjuicio de que convenga a las partes, sobre todo al solicitante, su participación para una percepción más perfecta del objeto reconocido.

SAP Las Palmas, 29 octubre 1998 (AC 1998, 7350).

Ponente: Ilma. Sra. D^a María Margarita Varona Faus.

Presencia de partes y de sus letrados o representantes.

«la inexistente presencia de representación alguna del apelante en tal acto, además de no ser aquella obligada (art. 634 LEC), fue voluntariamente asumida ya que la Ley permite que a tal diligencia puedan concurrir el Letrado defensor, o el Procurador o incluso la propia parte. Si ninguna de tales personas estuvo presente, pudiendo hacerlo cualquiera de ellos, nada hay que objetar a la prueba realizada, máxime cuando por la naturaleza de aquella la presencia de las partes o sus representantes lo es a efectos meramente ilustrativos y sin intervención alguna en la directa y personal percepción judicial».

La incomparecencia, en principio, no podrá suponer, por carecer de norma expresa, el desistimiento a la realización de la prueba⁴³. Ahora bien, en el juicio ordinario, si el reconocimiento debía practicarse en el acto del juicio, conforme al artículo 432.2 LEC, «si no compareciere en el juicio ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar y el Tribunal, sin más trámites, declarará el pleito visto para sentencia. Si sólo compareciere alguna de las partes, se procederá a la celebración del juicio». Y en el juicio verbal, si debía practicarse en la vista, en virtud del artículo 442 LEC, «si el demandante no asistiese a la vista, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se le tendrá en el acto por desistido a aquel de la demanda, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditarle los daños y perjuicios sufridos. Al demandado que no comparezca se le declarará en rebeldía y, sin volver a citarlo, continuará el juicio su curso».

En todo caso, lo que resultará necesario será la citación de las partes con la debida antelación, señalando el día y hora en que se realizará el reconocimiento⁴⁴. A tal efecto, el artículo 353.3 LEC prevé que «el Tribunal señalará con cinco días de antelación, por lo menos, el día y hora en que haya de practicarse el reconocimiento judicial».

43. FONT SERRA, E.: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, cit., pág. 246. En el mismo sentido, RIFÀ SOLER, J. M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1651.

44. CORDÓN MORENO, F.: «Realización del reconocimiento judicial e intervención de las partes y de personas entendidas», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I. Arts. I a 516 (coord. con ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1210.

Las partes, y sus Procuradores y Abogados, podrán manifestar de palabra las «observaciones» que estimen oportunas (artículo 354.2 LEC) en relación con el objeto de reconocimiento. La participación de Abogados y Procuradores, como la de las partes, no es obligatoria, aunque sí conveniente. En todo caso, las manifestaciones pueden ser efectuadas directamente por las partes, sin necesidad de ser realizadas a través de Abogado o Procurador. Todos ellos podrán resaltar aquellos hechos, características, circunstancias o incluso apreciaciones relativas al objeto reconocido que entiendan que puedan pasar inadvertidos al Tribunal y, normalmente, que convenga a la posición de cada parte⁴⁵. La idea de «observaciones» que puedan manifestar ha de ser entendido en sentido amplio⁴⁶, incluyendo, por ejemplo, que las partes puedan preguntar al Juez sobre el modo de percepción judicial del objeto que está reconociendo y la posibilidad de pedirle las oportunas aclaraciones y explicaciones, o hacer las objeciones e incluso las rectificaciones que estimen conveniente⁴⁷. En este último caso, lo que se hará constar en el acta será simplemente el hecho de que se ha formulado la objeción o la rectificación, no que ésta se corresponde con la realidad⁴⁸.

También podrán participar las partes al acto «con alguna persona técnica o práctica en la materia»⁴⁹. Se trata de personas conocedoras del objeto de reconocimiento y que aportarán sus conocimientos para la mejor efectividad o facilidad del reconocimiento. Si el Juzgador, de oficio o a instancia de parte, considerase conveniente oír sus observaciones o declaraciones, el artículo 354.3 LEC prevé que «les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad»⁵⁰.

El Juez y los intervinientes podrán utilizar los instrumentos que faciliten o mejoren el reconocimiento, así por ejemplo, aparatos que potencien la apreciación sensorial como aparatos de medición topográfica, cintas métricas, niveles, lupas, catalejos, etcétera.

Las alegaciones de todos los intervinientes se harán constar en el acta correspondiente en los términos del artículo 358 LEC, esto es, se levantará por el Secreta-

45. Según ORDOÑO ARTES, C.: *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, Madrid, 1987, pág. 139, «supone una garantía y al mismo tiempo un control sobre el reconocimiento, independientemente de la colaboración que pueda suponer para el órgano competente encargado de realizarlo, el cual puede enriquecer su propia percepción sensorial con observaciones».

46. Como ya debía serlo conforme a la LEC/1881 (art. 634.I LEC), véase Según ORDOÑO ARTES, C.: *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, cit., págs. 139 y ss.

47. Así, ORDOÑO ARTES, C.: *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, cit., pág. 141, y en el mismo sentido, GALLEGO MANUECO, M. A. y MARTÍN JIMÉNEZ, C. M.: «Artículo 354», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (dir. LORCA), cit., pág. 1938.

48. MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 340.

49. Sobre su naturaleza jurídica, véase ORDOÑO ARTES, C.: *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, cit., págs. 147-50.

50. RIFÀ SOLER, J. M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1651 opina que el juez no podrá nombrar por sí a un práctico en el terreno para que le acompañe y asista en la práctica de la diligencia, ya sea de modo previo o sobre el terreno. Si bien considera que «será razonable que si alguna persona se halla por las inmediaciones y pudiera aportar algún dato sobre el lugar o bien reconocido pueda hacer al Juez las observaciones pertinentes y útiles».

rio Judicial detalladamente, consignándose con claridad las percepciones y apreciaciones del Tribunal, así como las observaciones hechas por los intervinientes. Además, se podrá documentar mediante soporte de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, adjuntándose e identificándose en el acta.

SAP Cádiz, 22 noviembre 1993 (AC 1993, 2598).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Lorenzo del Río Fernández.

Intervención de las partes en el reconocimiento judicial.

«El apelante critica la diligencia de reconocimiento judicial, que sólo firma S.S.^a y la Secretaría, ya que no se han recogido observaciones personales. Asimismo, critica la falta de traslado del resultado de dichas diligencias por término de tres días, como ordena el art. 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y sobre tales incidencias esta Sala no tiene más remedio que aceptar el planteamiento del apelante. El art. 634 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es taxativo al decir que las partes podrán hacer al Juez, de palabra, las observaciones que estimen oportunas, así como que del resultado de la diligencia extenderá el actuario la oportuna acta, que firmarán los concurrentes, consignándose también en ella las observaciones pertinentes hechas por una y otra y las declaraciones de los prácticos. Por tanto, dos cosas son claras en el texto de la Ley: una, el acta la firmarán los concurrentes (no sólo el Juez y la Secretaría, pues la negativa a firmar de las partes podría plantear una posible conducta punible contra quienes representan la actuación jurisdiccional), y otra, que dicha acta recogerá las observaciones de la parte. Pues bien ninguno de estos dos extremos concurren en el caso de autos, donde la representación y asistencia de los apelantes se negaron a firmar el acta de reconocimiento judicial (cosa que no debió permitir el Juez de instancia, ya que la negativa injustificada supone desconocer el recto ejercicio de la función jurisdiccional) y, de otro lado, no se recogen las alegaciones que sobre la obra de autos hizo aquella parte durante la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial.

Si a lo anterior, se añade que el resultado de las diligencias para mejor proveer no se ha puesto de manifiesto a las partes por término de tres días, como ordena el art. 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la conclusión no puede ser otra que la vulneración de las garantías procesales y el desconocimiento en la primera instancia de los principios de contradicción y defensa, lo que determina nulidad, ya que no se ha agotado la intervención de la parte en la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial ni ha tenido oportunidad de alegar cuanto estime conveniente sobre el alcance e importancia de las diligencias.

SEGUNDO.—En efecto, es clara la infracción del último inciso del art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por derivación, del art. 238 núm. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) y del derecho de defensa y bilateralidad que como fundamental consagra el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), donde se impone al Juez que promueva la contradicción procesal y asegure el correcto y pleno desarrollo del derecho de defensa. Pues bien, si es cierto que el párrafo primero del art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es taxativo al referirse al carácter potestativo y discrecional de esta facultad del Juez para acordar dichas diligencias ("podrán") encaminadas a buscar la verdad de los hechos en el proceso para resolver mejor y más acertadamente, resulta asimismo inquestionable a la luz del nuevo texto del repetido precepto (recordamos modificado por la Ley 34/1984, de 6 agosto [RCL 1984, 2040; RCL 1985, 39 y ApNDL 4257]) que, acordada la diligencia, en la práctica de la misma es obligada y preceptiva la intervención de las partes, y tal y como inequívocamente dispone el último párrafo del artículo ("se dará"). En consecuencia, al no haberse hecho así en el caso que nos ocupa (donde el Juez, incomprensiblemente, permite que no firmen el acta la representación y asistencia de los demandados e impide que se recojan las observaciones particulares de los mismos, así como con posterioridad no se da traslado para hacer alegaciones por escrito) resultan patentes las infracciones legales denunciadas en primer lugar por el apelante, generadoras de indefensión

material y efectiva y que obligan a la estimación del recurso con la pertinente declaración de nulidad de actuaciones desde que se omitió en la mencionada diligencia para mejor proveer (folio 116) la preceptiva intervención de las partes en los términos previstos en la Ley (arts. 340, "In fine", 341 y 342 Ley de Enjuiciamiento Civil), a cuyo momento deberán retrotraerse las actuaciones».

B) ASPECTOS OBJETIVOS DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL: MEDIDAS PARA SU EFECTIVIDAD

La novedad más importante en el reconocimiento judicial en relación con la LEC/1881 (artículo 634)⁵¹ se da precisamente en las medidas para su efectividad, contemplando expresamente la posibilidad de acordar la entrada en el lugar que deba efectuarse el reconocimiento. En efecto, se dispone que el Tribunal «podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se daba reconocer». Obviamente, no se trata de una enumeración, ni es cerrada, de modo que caben otras posibilidades como requerimientos personales (de hacer, exhibir o permitir) o el uso de la fuerza pública en la ejecución del reconocimiento judicial⁵², al margen de las responsabilidades penales en caso de incumplimiento (delito de desobediencia del artículo 556 CP).

De entrada, la anterior previsión en los términos amplios y generales en los que se redacta ha sido tildada por parte de la doctrina como de dudosamente constitucional⁵³. No en el caso de que quien deniegue el acceso, y por tanto, sea destinatario de las medidas y en especial de la orden de entrada a su propiedad, sea parte el proceso; pero sí cuando sea un tercero. La resolución acordando las medidas, según entiende CORDÓN⁵⁴, deberá ser necesariamente motivada y no podrá adoptarse sin la previa audiencia del mismo. Comparto con este autor que en el caso de que las medidas vinculen y afecten a terceros⁵⁵, deberá adoptarse con garantías, especialmente el derecho de defensa de quien ha de sufrirlas, lo que comportará generalmente la notificación de la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial, incluyendo lugar y día y hora en que se llevará a cabo, así como

51. No resulta tan novedosa esta previsión en relación con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que contempla, en su art. 8.5 que «conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública».
52. Así lo viene a poner de manifiesto GALLEGO MAÑUECO, M. A. y MARTÍN JIMÉNEZ, C. M.: «Artículo 354» (dir. LORCA), cit., pág. 1938.
53. CORDÓN MORENO, F.: «Realización del reconocimiento judicial e intervención de las partes y de personas entendidas» (coord. con ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1209.
54. CORDÓN MORENO, F.: «Realización del reconocimiento judicial e intervención de las partes y de personas entendidas» (coord. con ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1209.
55. Para un caso similar, el art. 330.2 LEC matiza que «no se considerarán terceros los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio».

los requerimientos, prevenciones y apercibimientos correspondientes, tanto a las partes como a los terceros a los que afecte. Ahora bien, digo general y no necesariamente porque la garantía del derecho de defensa del tercero no puede llevarse al extremo de hacer inoperante o poner en peligro la efectividad de la prueba, y de ese modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de la prueba. En mi opinión, la urgencia y el posible peligro para la efectividad del reconocimiento permiten que la audiencia al tercero que ha de sufrir la medida, en ciertos supuestos, pueda ser trasladada a un momento posterior a la misma práctica de la medida (por ejemplo, tras una entrada en su propiedad) de modo analógico al modo como se regula la contradicción en la adopción de medidas cautelares (artículos 733 y 739 LEC). En estos casos, la regla general es que se proveerá previa audiencia del demandado. Pero cuando así se pida y se acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin del reconocimiento, el Tribunal pueda acordarla sin más trámites que con motivación de las razones que han aconsejado su adopción sin oír al sujeto que debe sufrir las medidas. Todo ello sin perjuicio de la posterior oposición por quien ha sufrido la medida y posible obtención de indemnización de daños y perjuicios que hubiera producido la medida. De todos modos, en muchas ocasiones la medida habrá de ser precedida de un previo requerimiento (que podría abrir el período de oposición). Asimismo, es razonable que las prevenciones habrán de ser mayores en la medida que sean más importantes o fundamentales los derechos del tercero afectado (por ejemplo, inviolabilidad del domicilio).

De otro lado, la adopción de medidas está condicionada por la regla general de que el reconocimiento se realice a ser posible en la sede del órgano judicial que está conociendo el asunto. Esto será posible en la medida que se trate de bienes -muebles- o personas que puedan trasladarse al mismo. En estos casos la medida consistirá en el requerimiento a la persona que deba comparecer o a quien posea el mueble correspondiente para que comparezca en la sede del órgano, en su caso, con el bien mueble correspondiente. Es más, este requerimiento no será necesario cuando el solicitante sea el poseedor del bien mueble objeto de requerimiento, pues deberá aportarse en el acto de solicitar el medio de prueba⁵⁶. Solamente en caso de que no se atendiera el requerimiento se procederá a que el Juzgador adopte las medidas necesarias. Si se trata del propio solicitante quien está en posesión del bien correspondiente, a él corresponde la carga de su aportación en el momento de su solicitud o, excepcionalmente, en un momento posterior en caso de imposibilidad o incluso de desposesión temporal. En todo caso, entiendo que, en este caso, si el solicitante es el causante de la falta de aportación, es improcedente cualquier medida necesaria para la efectividad del reconocimiento⁵⁷, salvo que se solicitaren por la contraparte.

56. Cfr. CORDÓN MORENO, F.: «Realización del reconocimiento judicial e intervención de las partes y de personas entendidas» (coord. con ARMENTA, MUEZA y TAPIA), cit., págs. 1209-10.

57. Señala RIFÁ SOLER, J. M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1653, que «no cabe duda que se tendrá la prueba intentada sin efecto produciendo un vacío probatorio que sólo a esa parte podrá perjudicar».

Los ejemplos de medidas adecuadas pueden ser muy variados. Aparte de orden de entrada prevista expresamente en el artículo 354.1 LEC, así como otras posibilidades señaladas antes tales como requerimientos personales o incluso el uso de la fuerza pública en la ejecución del reconocimiento, GARBERÍ⁵⁸ se refiere como ejemplo al precinto policial del inmueble con el objeto de evitar la posibilidad de que desde la admisión a la práctica pueda ser alterada o modificado el objeto de reconocimiento. Sin embargo, el mismo autor considera que en medidas de índole personal tales como la detención o prisión provisional han de quedar reservadas exclusivamente para el ámbito del proceso penal.

C) ALGUNOS ASPECTOS PROCEDIMENTALES

a) Proposición.

La proposición de reconocimiento judicial se llevará a cabo, según el tipo de juicio, en la audiencia previa en el juicio ordinario (artículo 429) o en la vista oral del juicio verbal (443.4 LEC). Se formulará en la forma ordinaria prevista en el artículo 284 LEC, especificando las circunstancias del bien objeto de requerimiento a efectos de que el Juez, en su caso, realice los requerimientos correspondientes, así como expresando si concurrirá con persona práctica y técnica en la materia. Asimismo, si se pretende que el reconocimiento se realice sin la previa audiencia de la parte o de un tercero que debe sufrir las medidas necesarias para su efectividad, habrá de formularse solicitud acreditando que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin del reconocimiento.

b) Admisión.

Ante la proposición, el Juzgador deberá decidir sobre su admisión. En este último caso, indicará en el auto motivado⁵⁹ de admisión: a) El bien o persona objeto de reconocimiento y la amplitud que ha de tener el reconocimiento atendidos los extremos indicados por las partes según lo previsto en el artículo 353.2 LEC. b) La fecha y hora en que deba tener lugar, con al menos cinco días de antelación, si no puede realizarse en la sede del órgano jurisdiccional en la fecha del juicio o vista. c) Señalará las medidas necesarias para la efectividad del reconocimiento. d) Si ha de practicarse sin la previa audiencia del sujeto que ha de sufrir las medidas adecuadas, cuando así se pida y se acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin del reconocimiento, especialmente si se trata de un tercero, deberá contener motivación de las razones que justifiquen esta especial forma de audiencia.

58. GARBERÍ LLOBREGAT, J.: «Reconocimiento judicial (arts. 353-359)» (con TORRES, DURO y CASERO), cit., pág. 201.

59. Algunos autores, como GALLEGO MAÑUECO, M. A. y MARTÍN JIMÉNEZ, C. M.: «Artículo 354» (dir. LORCA), cit., pág. 1938, se refieren a auto motivado; en cambio otros, como RIFÁ SOLER, J. M.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1654, se refiere a providencia.

STS (Sala 1ª) 7 julio 1995 (RJ 1995, 5568).

Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

Admisión de prueba de reconocimiento judicial.

«a la prueba de reconocimiento judicial, no obstante su importancia y la conveniencia de su práctica en contiendas de dimensión territorial, como en el deslinde discutido en la lltls, no es obligatoria para el Juez en forma incondicional, sino que, como declaró la de 4 octubre 1993 (RJ 1993, 7454), su práctica tendrá lugar cuando la estime precisa y necesaria para el mejor esclarecimiento y fijación de los hechos; olvidando, como ya se expresó, que para que la denegación de práctica de las pruebas genere indefensión es necesario haber solicitado su subsanación utilizando los recursos que la ley facilita a tal fin. Otra solución minaría ilegalmente las facultades del Juez o Tribunal para repeler las pruebas impertinentes o inútiles (artículos 565 y 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que procede la desestimación del motivo examinado, al no concurrir la infracción del precepto constitucional invocado».

STS (Sala 1ª) 4 junio 2001 (RJ 2001, 5532).

Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

Denegación indebida de prueba de reconocimiento judicial.

«infracción al principio de defensa, que ha supuesto una manifiesta indefensión a la parte demandante, cuando se deniega la práctica de reconocimiento judicial argumentando para ello que la finca o fincas están suficientemente identificadas (Auto de la Audiencia de 19 de octubre de 1994), y después en las sentencias de instancias se deniega la acción reivindicatoria por falta de identificación, dándose pues los supuestos del núm. 3º del art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, produciendo los efectos del art. 240 de la referida ley, por lo que procede decretar la nulidad de actuaciones y de las sentencia recurrida y reponer las mismas como determina el núm. 2º del art. 1715 de la LEC, al momento en que produjo la falta».

c) Práctica.

Se practicará, siempre que sea posible (bienes muebles y personas), en el acto del juicio o de la vista oral. En tal caso, habiéndose admitido otros medios de prueba, se seguirá el orden previsto en el artículo 300.1 LEC, esto es, entre las declaraciones de peritos y la reproducción de palabras, imágenes y sonidos.

La efectividad de que pueda practicarse en tal momento exige que el objeto o la persona efectivamente se halle presente en el acto. En el juicio ordinario, dado que la proposición se realiza, como hemos señalado, previo al acto de juicio, concretamente en la comparecencia previa, el Juzgador habrá podido realizar los requerimientos o las medidas conducentes a que los muebles o las personas se hallen físicamente en el acto del juicio. Por el contrario, en el juicio verbal esta posibilidad no es en principio factible, salvo que, a pesar del tenor del artículo 443.4 LEC, se haya formulado la propuesta en un momento anterior a la vista oral, como en el propio escrito de demanda a efectos de que el Juzgador pueda realizar los requerimientos o medidas correspondientes. Otra posibilidad menos conve-

niente es que la admisión del medio de prueba propuesto en la misma vista conlleve suspensión.

Lo más habitual, no obstante, es que se practique fuera de la sede del órgano judicial que conoce del asunto, incluso que sea, como hemos señalado antes, mediante auxilio judicial. De hecho, los artículos 354 y siguientes, a excepción del artículo 355 LEC, están pensando en la práctica de este modo. En tal caso, la práctica se celebrará antes del juicio o vista (artículos 290.2 y 429.4 LEC). Para ello, obviamente, ha de haberse propuesto antes de tales actos. Si se propone en el acto de la vista en el juicio oral, su admisión deberá suponer la suspensión de la vista para que se practique antes de su reanudación.

Por lo demás, será posible la concurrencia del reconocimiento judicial y la prueba pericial, testifical y declaración de la contraparte, en los términos y condiciones de los artículos 356 y 357 LEC.

d) Valoración.

Al contrario de lo que ocurre con el resto de medios de prueba, el legislador ha omitido una referencia expresa a la valoración del reconocimiento judicial. La jurisprudencia, no obstante, como la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 23 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8160), ha reiterado que «es doctrina reiterada de esta Sala la de que ni el Código Civil ni la LEC contienen norma alguna de valoración de la prueba de reconocimiento judicial, por lo que es de apreciación discrecional por el órgano jurisdiccional de instancia, sujeta a su criterio...».

Ahora bien, en el reconocimiento judicial se dan unas características que acercan o asimilan a efectos prácticos a la valoración legal. Desde un punto de vista formal, como se documenta en un acta elaborada por el Secretario como fedatario público, tendrán la consideración de documento público del artículo 317.1º LEC, de modo que tendrá la fuerza probatoria de tales documentos en los términos del artículo 319.1 LEC, esto es, «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella». De otro lado, el objeto fundamental del reconocimiento judicial, aparte de las objeciones o apreciaciones de las partes, es hacer constar los hechos o circunstancias apreciados por el Juzgador. Será difícil o excepcional que si un hecho ha sido apreciado por el Juzgador, no se tenga como fijado a la hora de resolver el asunto. Según MONTERO⁶⁰, el Juez «no podrá sustraerse a lo que ha constatado». Argumenta para ello que «sería absurdo que un Juez hiciera constar en el acta del reconocimiento que la distancia entre dos puntos es una determinada y que, luego y en la sentencia, llegara a conclusión diferente», calificando tal conclusión judicial como arbitraria. De aquí que venga a sostener este autor que la prueba puede ser considerada de valoración legal, aunque no exista norma expresa en ese sentido. En mi opinión, a pesar de que lo general es que el juzgador no se sustraiga a lo que ha sido

60. MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, cit., pág. 348.

constatado por él mismo, no cabe excluir que en el momento de dictar sentencia valore el reconocimiento de modo que partiera de un soporte fáctico distinto al que se contiene en el acta. Podría ocurrir, por ejemplo, que recordara o se percatara posteriormente de nuevos hechos o percepciones, que constara errores en el acta o incluso que, a pesar de la constatación directa por el Juez, pudiera valorarse en relación con otros medios de prueba que atemperaran o pusieran en duda que lo apreciado por el juez fuera lo que concurría en la realidad.

De todos modos, en aquellos casos excepcionales en que la valoración corresponda a un Juez distinto al que realizó el reconocimiento, habría que distinguir los datos objetivos y las apreciaciones subjetivas. Respecto de los primeros datos, sin que en mi opinión lleguen a ser absolutamente irrefutables por lo expuesto antes, encontrará el Juzgador mayores dificultades para sustraerse de los mismos a la hora de dictar sentencia que las que encontrará respecto de las apreciaciones o juicios de valor, que no tendrán eficacia vinculante a tales efectos.

STS (Sala 1ª) 21 junio 1999 (RJ 1999, 4293).

Objeto y valoración del reconocimiento judicial.

«El reconocimiento judicial lo que cumple es acreditar los hechos que en el momento de su práctica aprecia el Juez, y es distinto de su libre apreciación valorativa dentro del conjunto probatorio (SS. de 15-10-1982 [RJ 1982, 5556], 10-5-1985 [RJ 1985, 2265] y 8-5-1987 [análoga a RJ 1984, 576]).»

STS (Sala 1ª) 23 octubre 1999 (RJ 1999, 8160).

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Valoración de la prueba de reconocimiento judicial.

«Es doctrina reiterada de esta Sala la de que ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen norma alguna de valoración de la prueba de reconocimiento judicial, por lo que es de apreciación discrecional por el órgano jurisdiccional de instancia, sujeta a su criterio y, por tanto, no impugnabile en casación (Sentencias, entre otras, de 16 de abril y 16 de octubre de 1990 [RJ 1990, 2719 y 7874] y 31 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9919]), aunque ello se matiza en Sentencia de 25 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1307), con cita en las de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6324), 25 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5959) y 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 2029), diciendo que "salvo constancia de un dato irrefutable apreciado por los sentidos y reflejado en la diligencia, ignorado a la hora de la decisión final". En el desarrollo del motivo y en relación a la prueba de reconocimiento judicial se dice que "en cuya acta se expresa que a la finca del demandado se accede por un camino de uso particular o interno de la finca del actor y que a su vez este camino tiene salida a vía pública y que la finca del demandado sólo tiene el referido acceso, no lindando con ningún otro camino, vereda, etc."; lo transcrito contiene una interesada referencia al acta de la diligencia de reconocimiento judicial que, respecto al acceso a la finca del demandado dice lo siguiente: "Que a la finca del demandado se accede por un camino que sale desde la derecha del anteriormente señalado a unos 300 m; que dicha finca se encuentra toda vallada con pared de piedra", "Que el camino por el que se accede a la finca del demandado no tiene salida a vía pública y que desde el punto de vista de la Sala es de uso interno del servicio de la finca", añadiendo "que la finca del demandado sólo tiene el referido acceso, no lindando con ningún otro camino, senda, vereda, etc."; es decir, en el acta no se dice, como pretende el recurrente, que ese camino de acceso a la finca del demandado sea de uso

particular o interno de la finca del actor, siendo de notar que en los párrafos transcritos del acta sólo se menciona la finca del demandado. De ello cabe concluir que la Sala de instancia no ha desconocido la eficacia probatoria de la prueba de reconocimiento por ella practicada ni la ha valorado incorrectamente por lo que el motivo ha de ser rechazado».

Por lo demás, si a pesar de haberse adoptado y ejecutado las medidas adecuadas para su efectividad, no es posible llevar a cabo el reconocimiento, se tendrá como intentado sin efecto, con las consecuencias probatorias en función de la carga de la prueba y la disponibilidad y facilidad probatoria (artículo 217 LEC).

Asistencia en declaración domiciliaria del testigo

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 364. Declaración domiciliaria del testigo.

1. Si por enfermedad u otro motivo de los referidos en el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 169, el tribunal considerare que algún testigo no puede comparecer en la sede de aquél, podrá tomársele declaración en su domicilio bien directamente, bien a través de auxilio judicial, según que dicho domicilio se halle o no en la demarcación del tribunal.

A la declaración podrán asistir las partes y sus Abogados, y, si no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito prevlo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado.

2. Cuando, atendidas las circunstancias, el tribunal considere prudente no permitir a las partes y a sus Abogados que concurren a la declaración domiciliaria, se dará a las partes vista de las respuestas obtenidas para que puedan solicitar, dentro del tercer día, que se formulen al testigo nuevas preguntas complementarias o que se le pidan las aclaraciones oportunas, conforme a lo prevenido en el artículo 372.

A) PRINCIPIOS Y EXCEPCIONES GENERALES EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA, EN ESPECIAL, DE LA TESTIFICAL

Los principios que rigen la práctica de prueba son los propios del proceso civil⁶¹, en particular y entre los que ahora interesa, la concentración o unidad de acto, inmediación, oralidad y publicidad⁶². La jurisprudencia no duda en manifestar la vigencia de estos principios. Entre las resoluciones más recientes, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia (Sala 1ª) 222/2001, de 5 de noviembre (RTC 2001, 222)⁶³ se refiere a «las garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria». Y, lo que es más importante, así se configura actualmente en la Ley como regla general para la práctica de la prueba articulada en proceso civil.

61. Para un análisis sobre los mismos, véase ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con CÁMARA y JUAN), cit., págs. 210-85.

62. Sobre los principios en el ámbito probatorio, y más concretamente en el interrogatorio de testigos, véase CHOZAS ALONSO, J. M. *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, Madrid, 2001, págs. 29-33.

63. Ponente D. Fernando Garrido Falla. RTC 2001, 222.

Según el artículo 290 LEC, «todas las pruebas se practicarán en unidad de acto». El artículo 289.2 LEC, en la línea marcada por el 137.1 de la misma, impone como «inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabra, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales»⁶⁴. Su infracción, como concreción de lo previsto en el artículo 137.1, se sanciona por el punto 3 del mismo artículo 137, con la «nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones». Y, por fin, el artículo 289.1 LEC dispone que «las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal». Tales reglas generales sobre práctica de prueba se prevén ya con excepciones. Por ejemplo, sobre la unidad de acto se contempla que, aunque sea sólo excepcionalmente, se practicarán las pruebas fuera de la sede del Tribunal y en un momento distinto al del juicio o vista, que necesariamente será antes. A tal efecto, se señalará mediante providencia, con al menos cinco días de antelación el día, la hora y, en su caso, el lugar en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista o en la sede del Tribunal (artículo 290 LEC).

Concretamente para la prueba testifical, el artículo 292.1 LEC, congruente con tales reglas generales, impone el deber del testigo (también del perito) de comparecer en el juicio o vista señalada, cuya infracción es objeto de sanción (multa de 180 a 600 euros) e incluso bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad⁶⁵.

Esta declaración de testigos, como el interrogatorio de partes y ratificación de peritos, según el artículo 169.4 LEC, «se realizará en la sede del Juzgado o Tribunal que conozca del asunto de que se trate, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente». Si bien el párrafo segundo del mismo artículo 169.4 contempla excepciones a tal deber «sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o Tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba señalados en el párrafo anterior».

Desde luego, siendo necesaria la declaración del testigo, si éste está impedido de declarar en el juicio o vista, resulta obvio que tendrá que poder declarar allí donde se encuentre pues, de lo contrario, se estaría denegando injustificadamente

64. A tal efecto serán citados según lo previsto en los arts. 159 y ss. LEC.

65. Correlativamente a este deber, surge el derecho a indemnización por los gastos y perjuicios consecuencia de su comparecencia (art. 375 LEC). Si bien como matiza CUCARELLA GALIANA, L. A., *Derecho Procesal Civil* (con ORTELLS, MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO y MARTÍN), Elcano, 2001, pág. 437, el derecho a indemnización corresponde al testigo que comparece y declara pues entiende que debe excluirse al que, comparecido, se niega a declarar.

el derecho a la prueba⁶⁶. De modo que, como indica ASENCIO⁶⁷, no podrá ser inadmitida la prueba propuesta con base en su dificultad de ejecución o aduciendo que la misma pudo ser llevada a efecto como anticipada, ya que la anticipación no es obligatoria ni la dificultad es motivo de inadmisión.

B) LA DECLARACIÓN DOMICILIARIA DEL TESTIGO O MEDIANTE AUXILIO JUDICIAL COMO EXCEPCIÓN A LOS PRINCIPIOS EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL

a) Como excepción al principio de concentración o unidad de acto.

Paralelamente a la posibilidad contemplada en los artículos 311 y 313 LEC para la prueba de interrogatorio de las partes, el artículo 364 LEC, bajo la rúbrica de «declaración domiciliaria del testigo», impone una expresa y concreta excepción a los principios que rigen en general la práctica de la prueba. Es un importante matiz, además de a otros, al principio de concentración o unidad de acto, el que, si por enfermedad o por los motivos citados del artículo 169.4 párrafo segundo el Tribunal considerare que algún testigo no puede comparecer en la sede del órgano jurisdiccional, pueda tomarse declaración en su domicilio bien directamente, bien a través de auxilio judicial.

La dición literal de este precepto, en la que se mezclan causas de incomparecencia y de auxilio judicial, puede conducir a un entendimiento equívoco que confunda declaración domiciliaria con la que se presta mediante auxilio judicial. Es claro que la declaración domiciliaria podrá ser tomada bien directamente o bien mediante auxilio; pero también es cierto que no todo supuesto de auxilio supone la declaración domiciliaria, sino que, por el contrario, la regla general sea que la declaración se preste en la sede del órgano que conoce, y en el caso del auxilio, en la sede del órgano requerido del auxilio (o exhortado)⁶⁸. De ese modo, una interpretación correcta del artículo 364 conduce al entendimiento de que, a pesar de que este precepto se rubrique con «declaración domiciliaria del testigo», no contempla únicamente esa posibilidad. Esta declaración domiciliaria, sea directamente o sea mediante auxilio, se producirá cuando, por motivos de enfermedad del testigo, le permita declarar (por ejemplo, si no se halla en estado de coma) pero le impidan o dificulten que éste pueda declarar fuera de su domicilio, y siempre que no pueda recuperarse⁶⁹, incluyendo además otros supuestos como la edad

66. En ese sentido, con cita, aunque se refiera al proceso penal, de la STS de 22 de septiembre de 1997, PICÓ i JUNOY, J., «De las partes de la ejecución», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (dir. LORCA), Valladolid, 2000, pág. 1971.

67. ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba», en *Proceso civil práctico*, IV (dir. GIMENO), Madrid, 2001, pág. 1-890.

68. Es término de DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-PICAZO JIMÉNEZ), Madrid, 2001, pág. 216.

69. Matiza GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Declaración domiciliaria del testigo», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516* (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), Elcano, 2001, pág. 1225, que se considera que el testigo pueda recuperarse antes del fin de la fase probatoria el juez debería posponer la práctica de la misma, dentro de los límites del art. 290.2 LEC.

avanzada o tener alto cargo social o político, como diputados, senadores, defensor del pueblo, etc.⁷⁰; pero en los supuestos del artículo 169.4 LEC, al menos cuando estén suponiendo mera dificultad en el desplazamiento al órgano que está conociendo, no se realizará en el domicilio sino en la sede del órgano requerido de auxilio⁷¹.

STSJ Madrid (Sala Social, Secc. 6ª), 28 de febrero de 2002 (JUR 2002, 118281).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Juanes Fraga.

El principio de concentración o unidad de acto no es absoluto ni justifica una denegación de prueba domiciliaria si se acredita la necesidad de la prueba y la imposibilidad de comparecencia.

«El principio de concentración o unidad de acto, fundamento de la resolución del Juzgado, no es absoluto, pues el art. 76.2 LPL regula el examen de testigos antes de iniciarse el proceso, el art. 78 permite la práctica anticipada de pruebas dentro del proceso ya iniciado pero antes del juicio oral, el art. 87.1 prevé la suspensión del juicio para el reconocimiento judicial y el art. 88 se refiere a las diligencias para mejor proveer a realizar después del juicio. De otro lado, hay que entender que el interrogatorio domiciliario de testigos previsto en la LEC es aplicable en el proceso social con base en la supletoriedad de la ley civil, con arreglo al art. 4 LEC y disposición adicional 1ª.1 LPL. La regulación de la prueba en la LPL es fragmentaria, regulando solamente las especialidades del proceso social tras establecer en el art. 90.1 LPL una remisión general a la regulación legal.

No existe incompatibilidad entre la regulación del interrogatorio domiciliario de testigos y los principios del proceso de trabajo. Hay que partir de la consideración de que la regulación de los procesos civiles se basa ya en gran medida en los mismos principios del proceso social. La exposición de motivos de la LEC manifiesta que incluso el proceso civil ordinario se basa en los principios de concentración, inmediación y oralidad, coincidentes con los recogidos en el art. 74.1 LPL salvo en que en éste se añade el de celeridad. En lo que respecta a la actividad probatoria, la incorporación de los principios de concentración, inmediación y oralidad es plena, si exceptuamos respecto al de concentración, la proposición de la prueba en el proceso ordinario, que se efectúa en la audiencia previa (art. 429 LEC).

El art. 364 LEC dispone, en lo que ahora interesa, que si por enfermedad el tribunal considerare que algún testigo no puede comparecer en la sede de aquél, podrá tomarse declaración en su domicilio, pudiendo asistir las partes y sus abogados, y si no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado. Por una razón justificada se exceptuona la aplicación del principio de concentración, pero subsisten la oralidad y la inmediación, salvo esta última en el supuesto de práctica de la prueba por medio de auxilio judicial, que no es objeto de este recurso.

La parte recurrente ha justificado la solicitud de declaración domiciliaria, pues no sólo cabe presumir la imposibilidad de comparecencia de las personas internas en un centro de mayores, sino que ha aportado informes médicos en los que consta que padecen,

70. PICÓ I JUNY, J., «De las partes de la ejecución», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (dir. LORCA), cit., pág. 1971. CHOZAS ALONSO, J. M., *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, cit., pág. 60, nota 67, opina que no pueden aplicarse analógicamente en el proceso civil las normas procesales penales relativas al privilegio de determinadas personalidades para no comparecer y declarar por escrito (art. 412 LECrim). Para ello se basa en los distintos bienes protegidos en cada orden jurisdiccional, principios diversos y en que la LEC es derecho supletorio, pero no a la inversa (art. 4 LEC).
71. En este sentido RIFÀ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 281 al 555* (COORD. CON FERNÁNDEZ-BALLESTEROS Y VALLS), Barcelona, 2000, pág. 1691.

una de los testigos propuestos, disfunción cardíaca, osteoporosis, poliartritis y deterioro cognitivo leve, y el otro intervención de cáncer de colon con colestomía, hipertrofia de próstata, diabetes mellitus tipo 11, EPOC, insuficiencia cardíaca y precisa silla de ruedas, añadiéndose en ambos casos que no están capacitados para salir de la residencia por su dependencia para AUDs. La justificación debe entenderse suficiente ponderando todas las circunstancias expuestas y la grave inconveniencia de que personas mayores con estas características, que nunca salen de la residencia, se vean obligadas a abandonar su medio habitual y a exponerse, como mínimo, a toda una serie de contrariedades —dificultades de desplazamientos, esperas, etc.— cuyos efectos negativos se multiplicarían en sus circunstancias. No es obstáculo a lo anterior, pese a lo alegado en el escrito de impugnación, que el informe médico no se haya expedido en certificado médico oficial ni el dato de que la doctora firmante sea la médica de la residencia, pues no es aquí exigible el rigor de una prueba pericial, bastando que la justificación aportada sea razonablemente suficiente para que el tribunal pueda entender acreditada la necesidad de la medida de declaración domiciliaria. Por lo que se refiere al deterioro cognitivo leve, que el Juzgado y la parte demandante apuntan como posible falta de idoneidad de la testigo, hay que señalar que en principio tal circunstancia no es equivalente a la de hallarse permanentemente privado de razón, que es la causa de ausencia de idoneidad que prevé el art. 361 LEC. El deterioro mencionado más bien sería una circunstancia a apreciar por la Juzgadora y a valorar en su caso conforme al art. 376 LEC. Por lo demás resulta innegable que el interrogatorio de tales testigos es un medio probatorio de crucial relevancia en el proceso...

En estas circunstancias, privar a la empresa demandada del medio de prueba idóneo para acreditar los hechos cuya carga probatoria le incumbe, constituye una denegación de tutela judicial efectiva y coloca a la demandada en una situación de indefensión...».

b) Como excepción al principio de inmediación.

El que no se practique declaración en el juicio o vista, sea en su domicilio, directamente o mediante auxilio, o sea en la sede del órgano requerido de auxilio es claro que supone, como hemos visto, un claro matiz al principio de concentración o unidad de acto. Pero también supondrá excepciones al principio de inmediación, salvo en el supuesto que se le tome declaración directamente por el órgano jurisdiccional que está conociendo en el domicilio del testigo. En efecto, la inmediación supone, en primer lugar, la presencia judicial pero no sólo esto, sino que además exige que se trate precisamente del mismo Juez que está conociendo del asunto y que será quien lo resuelva (artículos 194 y 200 LEC). Pero frente a tal exigencia concurren circunstancias que permiten su excepción, como son el caso de punto 2 del mismo artículo 194 y, en general, aquellos que justifican que se practique la prueba mediante auxilio judicial (artículos 169 y 170 LEC), incluido la previsión del artículo 364 LEC que ahora nos ocupa sobre declaración domiciliaria y mediante auxilio judicial.

Con todo, no hemos de olvidar que el mero hecho de que el domicilio del testigo esté fuere de la circunscripción del juzgado, junto con la imposible, dificultosa o gravosa posibilidad de acudir al juicio, no impone la práctica del auxilio judicial, puesto que se autoriza a los órganos jurisdiccionales a constituirse fuera del territorio de su circunscripción sin necesidad de auxilio judicial (artículos 275

LOPJ y 129.3 párrafo segundo LEC). Posibilidad esta que, para GARBERÍ⁷², resulta del todo punto aconsejable para salvaguardar la intermediación judicial.

c) Como excepción al principio de oralidad.

La regla general, en todo caso, se practique la prueba testifical del modo ordinario o bien en el domicilio o mediante exhorto, es que el interrogatorio se realice de forma oral. A tal efecto, podrán asistir a la declaración las partes y sus Abogados. Sin embargo, de nuevo se exceptúa la oralidad cuando, en palabras genéricamente expresadas en la LEC, las partes y sus Abogados «no pudieren comparecer», en cuyo caso se les autorizará a que presenten el interrogatorio por escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado. Estos supuestos son de dos, alguno o ambos de los siguientes: a) los que atendidas las circunstancias, como el estado de salud del testigo, el Tribunal considere prudente no permitir a las partes y Abogados que concurran a la declaración; b) los que, practicándose la prueba mediante auxilio judicial, la concurrencia a la misma se revele dificultosa o gravosa, por ejemplo por la lejanía y gastos que ocasionaría⁷³.

En tales casos, el punto 2 del mismo artículo 364 LEC establece las actuaciones a seguir. A pesar de que este punto se refiera expresamente a cuando el Tribunal considere prudente no permitir que concurran «a la declaración domiciliaria», lo bien cierto es que se tramitará así siempre que el Tribunal no permita que partes y Abogados concurran a la declaración del testigo tanto la domiciliaria como por auxilio judicial o, dicho en otros términos, siempre que se les permita que presenten interrogatorio por escrito. Pues bien, en estos casos, una vez presentado interrogatorio por escrito, se les dará vista de las respuestas obtenidas, para que puedan solicitar, dentro del tercer día, que se formulen al testigo nuevas preguntas complementarias o que se le pidan las aclaraciones oportunas, conforme a lo prevenido en el artículo 372.

d) Como excepción al principio de audiencia pública.

Si, como hemos visto, esta declaración domiciliaria o mediante auxilio supone un límite a la oralidad, al mismo tiempo lo supone para la audiencia pública. Ya hemos visto cómo el «Tribunal» puede considerar «prudente no permitir a las partes y a sus Abogados que concurran a la declaración».

De nuevo se limita otra regla general en la práctica de la prueba. El artículo 138 LEC es congruente con el principio de audiencia pública cuando dispone que «las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública». Todo ello sin perjuicio de que puedan celebrarse a puerta cerrada «cuando ello sea

72. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Prueba testifical (arts. 360-381)» en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 3 (con TORRES, DURO y CASERO), Barcelona, 2001, pág. 239.

73. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Declaración domiciliaria del testigo», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516* (COORD. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1227.

necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el Tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia⁷⁴. Concretándose una de estas excepciones en el artículo 364.1 párrafo segundo y 2 LEC, que limita la publicidad directa de la declaración, incluso a las partes. La salvaguarda del derecho de defensa impone que tengan conocimiento de la misma, pero de forma diferida.

e) Consideraciones a la calidad de la documentación en la declaración domiciliaria del testigo o mediante auxilio judicial.

Los actos de práctica de prueba han de hallarse, sin ningún género de excepción, documentados en los autos. Sin embargo, la calidad de tal documentación varía en ciertos casos. Según el artículo 374, relativo al modo de consignar las «declaraciones testificales prestadas en vista o juicio», éstas se documentarán conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 146. Precepto que articula un doble mecanismo: a) Cuando se trate de actuaciones que hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción (esto es, según los artículos 147 y 187, «las actuaciones orales en vistas y comparecencias» y «el desarrollo de la vista»), se grabarán en tales mecanismos y en el acta «se limitará a consignar, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte»; b) Si no se graban, se recogerá en el acta «con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado».

No se trata ahora de una excepción o límite al principio de documentación, sino al grado de calidad que ha de tener la documentación en estas actuaciones.

Desde un punto de vista del tenor literal de la Ley, no parece que se imponga la necesidad de que la declaración domiciliaria sea registrada en soporte apto para la grabación o reproducción. El artículo 374 se refiere al modo de consignar las declaraciones «prestadas en vista o juicio», el artículo 147 a «las actuaciones orales en vistas y comparecencias», y el 187 al «desarrollo de la vista», cuando la declaración domiciliaria, que se presta fuera de vista o juicio, no consiste estrictamente en vista o comparecencia. Bastaría, por tanto, con que esta declaración se consigne en acta con la necesaria extensión y detalle de lo actuado.

Sin embargo, no hemos de olvidar, en primer lugar, que la declaración domiciliaria o mediante auxilio judicial forman parte del ámbito típico de los actos de juicio o vista; es materia que, con carácter general, forma parte de tales actos, sólo que para que su práctica pueda ser efectiva, y con base en razones de necesidad

74. A tal efecto, en términos del art. 138.3 LEC, «el tribunal oír a las partes», «la resolución adoptará la forma de auto y contra ella no se admitirá recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva».

debidamente justificada, se materializan fuera de los mismos. En segundo lugar, que la documentación mediante el registro en soporte apto para la grabación y reproducción permiten, cuando se practique mediante auxilio, una mejor valoración judicial de la declaración testifical; así como, cuando no hubieran asistido las partes, una mejor información de las partes al poder presenciar, aunque sea en diferido, la declaración. No cabe, en definitiva, excluir *per se* la mayor calidad de este sistema de documentación, sino que deberá el Juez, atendidas las circunstancias y en especial por sus posibilidades técnicas, quien decidirá caso por caso si la documentación se realizará mediante reproducción de imagen o sonido o solamente mediante acta⁷⁵.

C) PARTICIPACIÓN DEL JUZGADOR, DEL SECRETARIO, DE LAS PARTES Y ASISTENCIA DEL ABOGADO

Resulta del todo punto indispensable la participación del Juzgador, sea el Juez o el miembro del Tribunal correspondiente. Ya hemos visto que los límites al principio de inmediación solamente alcanzan a la posibilidad de que sea el otro Juez, el requerido de auxilio, quien tome declaración. De igual modo, dado que es necesaria la documentación del acto en todo caso, será necesaria igualmente la presencia del Secretario Judicial que realizará aquí funciones fundamentalmente de fedatario público.

La salvaguarda del principio de defensa de las partes impone igualmente que las partes, asistidas por sus Abogados, estén presentes en las correspondientes declaraciones con carácter general. En tal caso, la declaración se prestará en la forma ordinaria (artículos 365 y ss. LEC). Cada parte (primero la proponente, después las partes demandantes y por último las demandadas), interrogará al testigo a través de su Abogado.

Sin embargo, ya hemos visto cómo la previsión del artículo 364 de tener una limitación no sólo de la oralidad y de la audiencia pública, sino que incluso limita la publicidad directa de la declaración a las partes. Si bien el respeto al derecho de defensa impone que tengan conocimiento de la misma de forma diferida.

El Juzgador puede denegar la presencia de las partes y sus Abogados en la toma de la declaración cuando las circunstancias lo hagan imposible o difícil, costoso o inconveniente. No sería posible autorizar a una sola de las partes, aunque, en algunos casos, sería posible autorizar la presencia solamente de los Abogados⁷⁶.

Estos supuestos pueden ser, como vimos, por el estado de salud del testigo o por la lejanía o lugar donde se halle el testigo. En tal caso, el interrogatorio se realizará por escrito previo con las preguntas que deseen formular al testigo inte-

75. Cfr. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Declaración domiciliaria del testigo» (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., págs. 1227-8.

76. ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba», en *Proceso civil práctico*, IV (dir. GIMENO), cit., pág. I-893.

rrogado. También cabrá esta posibilidad cuando las partes no puedan asistir, debiendo autorizarse igualmente por el Juzgador.

Sobre la forma escrita del interrogatorio habría que precisar:

1º Dado que la oralidad implica también contradicción real⁷⁷, la forma escrita debe adoptarse con suma cautela⁷⁸, especialmente cuando no es solicitada esta posibilidad por la propia parte. Podría ser el caso, por ejemplo, de enfermedades contagiosas del testigo, domicilio del mismo en zona de peligro como guerra, o simplemente cuando por lejanía o dificultad de acceso harían costoso el viaje, etcétera.

2º Las preguntas por escrito, como indica PICÓ⁷⁹, deberían guardarse en sobre cerrado al objeto de asegurar la máxima espontaneidad en la declaración del testigo, evitando que pueda ser manipulada por el conocimiento previo de las preguntas.

Una vez presentado el interrogatorio escrito⁸⁰, decidirá el Tribunal sobre su admisión y pertinencia, y se les dará vista de las respuestas obtenidas, para que puedan solicitar, dentro del tercer día, que se formulen al testigo nuevas preguntas complementarias o que se le pidan las aclaraciones oportunas, conforme a lo prevenido en el artículo 372. Curiosamente, lo previsto en el artículo 364, cuando permite formular aclaraciones a las partes, contrasta con el 372.2 LEC por el que con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el Tribunal, y no las partes, interrogar al testigo⁸¹.

En el acto mismo del interrogatorio, las partes distintas de quien haya formulado las preguntas podrán impugnar su admisión y hacer notar las valoraciones y calificaciones que estimen improcedentes y que, a su juicio, debieran tenerse por no realizadas (artículo 369.1 LEC). La impugnación se basará en lo previsto en el artículo 368 LEC, esto es en: a) La formulación indebida de las preguntas por no

77. Como advierte CHOZAS ALONSO, J. M., *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, cit., pág. 33, no se trata de la contradicción formal del anterior proceso civil, sino la contradicción real, consistente en la dinámica intervención de las partes en la práctica de la prueba.

78. ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba» (dir. GIMENO), cit., pág. I-893, pone de manifiesto la amplitud del precepto, si bien resalta que la interpretación, por limitativa de derechos, ha de ser siempre la más favorable posible a la ejecución ordinaria y contradictoria de la prueba. En ese sentido, DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, Barcelona, 2002, pág. 157, afirma que «se trata de una prueba debilitada a ojos vistos, cuya valoración deberá hacerse con mucha prevención».

79. PICÓ I JUNOY, J., «De las partes de la ejecución» (dir. LORCA), cit., pág. 1972. Opinión en contra, RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 281 al 555* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1695.

80. Según entiende ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba» (dir. GIMENO), cit., pág. I-894, a falta de aportación de los escritos que contengan las preguntas, el tribunal hará las que estime oportuno.

81. Por tal motivo, RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1694, considera poco acertada la previsión y considera que será el tribunal quien formulará las preguntas contenidas en el escrito de las partes y, a continuación, por sí mismo, pedirá al testigo las adiciones o aclaraciones que considere pertinentes.

tener sentido afirmativo, la debida claridad y precisión, o incluir valoraciones y calificaciones. b) No ser conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidas, que guarden relación con el objeto del juicio. c) No referirse a conocimientos propios de un testigo según el artículo 360 LEC.

En todo caso, la parte que se muestre disconforme con la inadmisión de preguntas, podrá manifestarlo así y pedir que conste en acta su protesta (artículo 369.2 LEC).

Cabrá poner de manifiesto la inidoneidad para ser testigo, por hallarse el mismo permanentemente privado de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos; o por ser menor de catorce años sin tener el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente (artículo 361 LEC). También se podrá tachar el testigo propuesto por concurrir algunas de las causas previstas en el artículo 377 LEC; solicitarse, al término del interrogatorio, careo entre testigos y entre éstos y las partes, cuando los testigos incurran en graves contradicciones (artículo 373 LEC); así como que se formulen nuevas preguntas complementarias o que se pidan las aclaraciones oportunas (artículo 364.2 *in fine* LEC).

D) PROCEDIMIENTO

Como tantas veces ocurre en la vigente LEC, quedan sin regulación específica cuestiones de procedimiento, lo que requiere una labor de integración por parte del intérprete y, en ocasiones, provoca divergencias que podrían haberse evitado. La articulación de las posibilidades previstas en el artículo 364 LEC son un buen ejemplo de lagunas y problemas prácticos en materia procedimental.

a) Petición.

Nada contempla el artículo 364 LEC sobre la petición de que se practique la declaración domiciliaria o mediante auxilio judicial. No obstante, para este último supuesto, el artículo 429.5 párrafo segundo LEC dispone que las partes «deberán señalar qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial».

La petición partirá presumiblemente de la parte que haya propuesto la prueba en el juicio ordinario (artículo 429 LEC) o de la que haya comunicado al órgano jurisdiccional los datos y circunstancias relativas del testigo a efectos de su citación al juicio (artículo 440.1 párrafo tercero), o incluso por el propio testigo⁸². Ahora bien, no parece que sea precisa en todo caso petición expresa de las partes o del testigo cuando de las circunstancias que concurren en el testigo se desprenda la necesidad de que, para que sea factible la declaración solicitada, deba articularse

82. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Prueba testifical (arts. 360-381)» en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 3 (con TORRES, DURO y CASERO), cit., págs. 239-40.

necesaria o convenientemente mediante declaración domiciliaria o mediante auxilio judicial⁸³. En cambio, lo que sí parece necesario es la acreditación de circunstancias tales como la enfermedad, de modo que deberá acompañarse certificado médico en el que se justifiquen las imposibilidades de desplazamiento⁸⁴.

Lógicamente, la petición o la puesta en conocimiento de las circunstancias se pondrán de manifiesto en cuanto se conozcan. Pero dependiendo del momento en que se den a conocer al Juzgador podrá practicarse o no la declaración con anterioridad al juicio o a la vista.

b) Resolución judicial y práctica con anterioridad al juicio y excepciones.

Nada se dice en el precepto sobre la forma de la resolución que decida o deniegue la declaración domiciliaria. Desde luego, el Juzgador que está conociendo deberá valorar las circunstancias alegadas y resolver si procede la práctica de la prueba testifical domiciliaria directamente o bien simplemente mediante auxilio⁸⁵. Para ASENCIO⁸⁶, no cabe duda de que las partes podrán oponerse al acuerdo aduciendo la oportuna protesta y a los efectos de que la prueba sea reiterada, en su caso, en la segunda instancia (artículo 460 LEC interpretado correctamente).

A su vez, el Juzgador exhortante, podrá decidir junto al mecanismo del auxilio, que se practique en el domicilio, en cuyo caso requerirá al exhortado para que se tome declaración en el domicilio. En caso contrario, el Juzgador exhortado podrá valorar los motivos de la enfermedad y resolver si se practica en el domicilio (artículo 173 LEC).

La práctica con anterioridad y, por tanto, el cumplimiento a lo previsto en los artículos 290 párrafo segundo y 429.4 LEC, solamente será posible si se conoce la situación personal del testigo con antelación y se da a conocer al Juzgador con esa misma antelación. Una vez admitida su declaración se decretará la declaración domiciliaria o la práctica mediante auxilio judicial en la audiencia previa del juicio ordinario⁸⁷.

83. ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba» (dir. GIMENO), cit., pág. 1-891, afirma que, a pesar de no mencionarlo expresamente, el interrogatorio domiciliario será adoptado bien a instancia o bien de oficio por el propio tribunal competente.

84. RIFÀ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1692.

85. En opinión de MUÑOZ SABATÉ, LL., *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC 1/2000*, Barcelona, 2001, págs. 285-6, la distancia geográfica casi nunca debiera ser un óbice para el desplazamiento, si compete al actor, debiera soportarlo como una incomodidad más de su opción de litigar, y si al demandado, generalmente no le afectará debido a que generalmente el órgano competente será el de su domicilio. Deberá atenderse a la cuantía del asunto y a la idoneidad de los hechos controvertidos respecto de la prueba que se trate; así como la actitud del proponente de la prueba. Debiendo inadmitirse en aquellos casos donde haya varios litisconsortes y la unidad de acto resulte vital para la operatividad de la prueba.

86. ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba» (dir. GIMENO), cit., pág. 1-892.

87. En caso de que deniegue o no adopte la declaración del art. 364 LEC, indica PICÓ I JUNOY, J., «De las partes de la ejecución», cit., pág. 1973, deberá requerir al testigo que comparezca al acto del juicio, con apercibimiento de que su ausencia será sancionada con multa (de 180 a 600 euros) o incluso que su actitud podrá ser constitutiva de un delito de desobediencia a la autoridad previsto en el art. 556 CP.

También será posible cuando se conozca con posterioridad a la audiencia previa pero con anterioridad al juicio y se ponga de manifiesto con la antelación suficiente. En caso contrario, caben dos posibilidades: 1ª Que se suspenda el juicio, efectuándose nuevo señalamiento (artículo 183.4 párrafo primero LEC). 2ª Que pueda continuar el juicio, ordenando la posterior práctica de la prueba con las mismas garantías de oralidad e inmediación⁸⁸.

En cualquier otro supuesto tratándose del juicio ordinario, o en todo caso en el juicio verbal (dado que en éste la admisión de la prueba se produce en el momento de la vista), supondrá la interrupción de la vista en los términos del artículo 193.1 LEC, y su reanudación al término de la misma o nueva celebración (artículo 193.2 y 3 LEC). A tal efecto, será necesario que la declaración del testigo, como requiere el artículo 193.1.3º resulte «imprescindible».

Asimismo, ASECIO⁸⁹ se muestra favorable a la posibilidad de que el interrogatorio domiciliario sin asistencia de las partes pueda ser reiterado en el juicio o vista, si es posible en tal momento.

c) Práctica consistente, según los casos, en declaración domiciliaria o mediante auxilio judicial.

Como complemento a lo señalado *supra*, ha de quedar claro que a pesar de la equívoca redacción del artículo 364 LEC, con base en el mismo podrá adoptarse la declaración domiciliaria o mediante exhorto. Una y otra no deben confundirse, pues la primera podrá ser tomada bien directamente por el Juez que está conociendo del asunto (incluso aunque el domicilio del testigo se halle fuera de su circunscripción) o bien mediante auxilio; y a través de esta última forma podrá tomarse la declaración tanto en el domicilio como, lo que es regla general, en la sede del órgano requerido de auxilio o exhortado.

Se adoptará la decisión y se practicará la declaración domiciliaria simplemente, es decir, sin auxilio, cuando concurren causas que lo justifiquen, concretamente, que el testigo pueda declarar y no pueda hacerlo en la sede del órgano. Además, concurriendo éstas y se considere conveniente que se adopte mediante auxilio (cuando su domicilio esté fuera de su circunscripción y concurren las circunstancias del artículo 164.4 LEC) esta declaración domiciliaria se practicará mediante auxilio.

En caso de que el testigo pueda declarar fuera de su domicilio, pero éste se halle fuera de la demarcación territorial del órgano que conoce y se estime que concurren las circunstancias citadas del artículo 164.4, se practicará sencillamente mediante auxilio, en la sede del órgano exhortado.

88. PICÓ I JUNOY, J., «De las partes de la ejecución» (dir. LORCA), cit., pág. 1973.

89. ASECIO MELLADO, J. M., «La prueba» (dir. GIMENO), cit., págs. 1-894-5.

En los supuestos de auxilio, solamente el órgano exhortante estará en condiciones de declarar la pertinencia de las preguntas, pues es quien conoce los hechos⁹⁰.

d) Declaración del testigo mediante auxilio judicial.

En los casos en que deba declarar el testigo mediante auxilio judicial, la práctica de la prueba ha de integrarse con las normas relativas al mismo, es decir, con los artículos 169 a 177 LEC.

Ya hemos visto cómo en proposición de la prueba, según el artículo 429.5 párrafo segundo LEC, las partes «deberán señalar qué declaraciones e interrogatorios consideran que han de realizarse a través del auxilio judicial». Una vez formulada el Juez decidirá si se practica o no de tal forma, y en caso de que estime necesario recabar el auxilio judicial, acordará en el acto la remisión de los exhortos oportunos, dando a las partes un plazo de tres días a los efectos de que presenten, cuando fuere necesario (cuando no comparezcan personalmente las partes y Abogados según el artículo 313 párrafo segundo LEC), una lista de preguntas. La remisión del exhorto se producirá, caso de que no vayan a comparecer personalmente, pasados los tres días citados a efectos de presentar las preguntas escritas.

En cuanto al modo de presentar los pliegos de preguntas y al de proceder a su admisión, RIFÁ⁹¹ entiende que debe prevalecer el principio de publicidad, sin perjuicio de ampliación posterior ante el órgano exhortado, de modo que los interrogatorios se deben presentar, en su caso, en una lista abierta. Sin embargo, compartimos con PICÓ⁹², que las preguntas por escrito deberían guardarse en sobre cerrado al objeto de asegurar la máxima espontaneidad en la declaración del testigo, evitando que pueda ser manipulada por el conocimiento previo de las preguntas.

90. PICÓ I JUNOY, J., «De las partes de la ejecución» (dir. LORCA), cit., pág. 1974.

91. RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLETOS y VALLS), cit., pág. 1695.

92. PICÓ I JUNOY, J., «De las partes de la ejecución» (dir. LORCA), cit., pág. 1972.

Preguntas generales al testigo

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 367. Preguntas generales al testigo.

1. El tribunal preguntará inicialmente a cada testigo, en todo caso:

(...)

2º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus Abogados o Procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos.

3º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su Procurador o Abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.

(...)

5º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus Procuradores o Abogados.

(...)

2. En vista de las respuestas del testigo a las preguntas del apartado anterior, las partes podrán manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad.

El tribunal podrá interrogar al testigo sobre esas circunstancias y hará que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia.

A) CONSIDERACIONES SOBRE LAS PREGUNTAS GENERALES AL TESTIGO

El interrogatorio al testigo principiará con la petición de juramento o promesa a los testigos (artículo 365 LEC) y, a continuación, el Juzgador procederá a formular las preguntas generales al testigo, las conocidas como «las generales de la Ley».

La finalidad de estas preguntas es, en primer lugar, la perfecta identificación del testigo así como, indirectamente, que el Juzgador detecte posibles causas de inidoneidad contempladas en el artículo 361 LEC⁹³; igualmente, se pretende poner de manifiesto la posible concurrencia de causa que suponga parcialidad en el tes-

93. En ese sentido, RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1701, afirma que al preguntar por la edad, y demás datos personales, el tribunal deberá valorar la idoneidad del testigo para declarar sobre los hechos litigiosos con base en la coherencia de las respuestas del testigo.

tigo (vínculos con el objeto del proceso, o vínculos familiares, de amistad o enemistad, o por intereses laborales o económicos con las partes, sus Abogados o Procuradores) o su falta de fiabilidad y, posible parcialidad igualmente por haber sido condenado por falso testimonio⁹⁴.

De este modo se integra o complementa el mecanismo de la tacha, estableciendo un deber del Tribunal de preguntar y otro del testigo de reconocer⁹⁵. Si comparamos el objeto de las preguntas del artículo 367 LEC y las causas de tacha de los testigos del artículo 377 de la misma, podremos comprobar su prácticamente total coincidencia⁹⁶. Con la única diferencia, respecto a la causa de tacha del testigo prevista por el artículo 377.1.3º, que no contempla el interés directo o indirecto con otro semejante al asunto que se trate, sí contenido entre las preguntas generales del artículo 367.1.4º LEC⁹⁷ (como también, curiosamente, entre las causas previstas en el artículo 343.1.2º LEC de tacha del perito).

Se trata, por tanto, de una última posibilidad no para formular la tacha pero sí para que se pongan de manifiesto las causas que permitan la tacha de los testigos (artículo 377 LEC), además de la causa nueva de interés directo o indirecto con asunto semejante. El resultado de estas preguntas, como la tacha de testigos, será atendido a efectos de valoración de la declaración (artículo 376 LEC). Sin embargo, dado que el tiempo para formular la tacha de testigos es el que media entre el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista (artículo 378 LEC)⁹⁸, en el momento del interrogatorio no será posible la tacha formal, pero sí obtener un resultado análogo, precisamente manifestando la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad tras las preguntas generales

94. Véase la situación bajo la antigua LEC en DE PAULA PÉREZ, A., *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*, Madrid, 1968, especialmente págs. 160 y ss.
95. ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba» (dir. GIMENO), cit., pág. 1914.
96. La causa del art. 377.1.1º coincide exactamente con la pregunta del art. 367.1.2º; la del 377.1.2º con la del art. 367.1.3º; la del 377.1.3º con la del 367.1.4º; la del 367.1.4º con la del 367.1.5º; y la del 367.1.5º con la del 367.1.6º.
97. Sobre esto, RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1702, opina que «no se acaba de entender, sin embargo, la pervivencia de la referencia al interés en otro asunto semejante. En realidad, este motivo está hueco de contenido ya que el testigo puede tener, precisamente, interés en asunto de similar contenido en el que participe de algún modo, pero sin que exista ningún interés a los efectos de participación en el proceso». De ahí que deduzca «la inutilidad de la pregunta ya que en ningún caso puede tener efecto alguno más allá de la valoración que pueda otorgarle el Juez».
98. Por este motivo, como las tachas han sido formuladas y, en su caso probadas en un momento anterior a la formulación de las preguntas generales al testigo, considera GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Declaración domiciliaria del testigo» (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1232, que el reconocimiento de una causa de tacha no supone la exclusión de la alegación y prueba de la tacha confesada, como se deducía de lo previsto en el art. 661 LEC/1881. Comparto con esta autora tal afirmación en cuanto lo alegado y ya probado no puede excluirse, sin embargo, en la hipótesis de que una causa de tacha hubiera sido alegada y no probada, y hasta incluso cuando no hubiera sido alegada, si del interrogatorio de las preguntas generales se reconoce la concurrencia de alguna de ellas, operará en definitiva exactamente a si la tacha hubiera sido alegada y probada. Desde ese punto de vista, si excluirá en realidad la necesidad de prueba e incluso de formulación de la tacha misma.

al testigo (artículo 367.2 LEC), para que sean atendidas en todo caso cuando el Juez valore la declaración en el momento de dictar sentencia.

El problema es que en este momento no se ha previsto la posibilidad de que las partes interroguen, sino que se reserva al Juzgador tal función. No obstante, ASENCIO⁹⁹ estima que lo razonable sería permitir a las partes preguntar, incluso cuando se hubiesen formulado tachas, por las razones en que se basa la duda de imparcialidad.

Quizá lo más novedoso de este precepto¹⁰⁰, coincidente con el que regula la tacha de testigos, sea la ampliación en los vínculos subjetivos del testigo, no sólo en relación con las partes como ocurría en la regulación derogada (artículo 648.2º.3º y 5º LEC/1881), sino también con los Abogados o Procuradores de las mismas. El problema más importante se plantearía si el vínculo se da no tanto con el Abogado que directa y exclusivamente dirige el asunto, como en los supuestos de despachos colectivos de Abogados. A su vez, éstos pueden estar organizados de formas bien diversas, como persona jurídica o incluso en simple comunidad de bienes, con o sin asunción de todos los asuntos por todos los integrantes del despacho, aunque su gestión pueda atribuirse a uno o varios Abogados. En estos supuestos como pone de manifiesto GUTIÉRREZ SANZ¹⁰¹, habría que considerarse en cada caso concreto.

B) TRATAMIENTO PROCESAL

El tratamiento procesal difiere en cierto modo con el régimen derogado de la LEC/1881, pues la respuesta a algunas cuestiones (como la de tener interés directo en la causa) era causa de inhabilidad del testigo y no meramente de valoración como ocurre con la vigente LEC¹⁰². Actualmente, salvo que de las respuestas derive alguna de las causas del artículo 361 LEC, éstas se atenderán como meros criterios de valoración.

Atendidas las respuestas dadas por el testigo, las partes (presumiblemente las que no convenga la declaración) pondrán de manifiesto las circunstancias relativas a la falta de imparcialidad del testigo, así como, aunque no lo mencione expresamente, su posible inidoneidad. El Tribunal podrá igualmente interrogar al testigo sobre esas circunstancias¹⁰³. Lo que podrá realizar igualmente cuando, a pesar de

99. ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba» (dir. GIMENO), cit., pág. 1916.
100. Otra novedad es que recoge supuestos sin precedente expreso, como los de adopción, tutela o análogos. Asimismo, el hecho de haber sido condenado por falso testimonio sí era causa de tacha (art. 660.4º LEC/1881), pero curiosamente no formaba parte de las preguntas generales del art. 648 LEC/1881.
101. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Declaración domiciliaria del testigo» (coord. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1233.
102. Véase RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., págs. 1703 y ss.
103. En ese sentido, RIFÁ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., págs. 1703-4.

que sean negadas por el testigo, alguna de las partes conociera la concurrencia de las causas de tacha objeto de pregunta general.

En todo caso, el resultado de estas declaraciones, como la tacha del testigo¹⁰⁴, en ningún caso invalidarán automáticamente la declaración del testigo ni impedirán, por tanto, que declare. Su objetivo será la valoración judicial de las declaraciones posteriores al mismo en el momento de dictar sentencia, modulando la mayor o menor credibilidad del testigo en función de las respuestas dadas, de ahí que tanto las preguntas como las respuestas se consignarán en acta¹⁰⁵.

104. Véase CHOZAS ALONSO, J. M. *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, cit., págs. 145-7.

105. Congruente, por otra parte, con los arts. 374, 146, 147 y 187 LEC.

Artículo 367. Preguntas generales al testigo.

1. El tribunal preguntará inicialmente a cada testigo, en todo caso:

1º Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.

2º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus Abogados o Procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos.

3º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su Procurador o Abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.

4º Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

5º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus Procuradores o Abogados.

6º Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio.

2. En vista de las respuestas del testigo a las preguntas del apartado anterior, las partes podrán manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad.

El tribunal podrá interrogar al testigo sobre esas circunstancias y hará que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia.

Artículo 377. Tachas de los testigos.

1. Con independencia de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 367, cada parte podrá tachar los testigos propuestos por la contraria en quienes concurren algunas de las causas siguientes:

1º Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su Abogado o Procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo.

2º Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su Procurador o Abogado o estar a su servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses.

3º Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate.

4º Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su Abogado o Procurador.

5º Haber sido el testigo condenado por falso testimonio.

2. La parte proponente del testigo podrá también tachar a éste si con posterioridad a la proposición llegare a su conocimiento la existencia de alguna de las causas de tacha establecidas en el apartado anterior.

Al contrario de lo regulado para ciertos peritos (artículo 343.1 LEC) y de lo que ocurría en la regulación derogada (artículo 1247 CC), la concurrencia en el testigo de alguna causa objetiva de parcialidad no le convierte en inhábil ni le impide, por tanto, declarar. Ahora bien, salvo que sea admisible que la decisión judicial pueda ser irracional, ilógica o arbitraria, sí que deberá ponderarse a la ahora de la valoración de la prueba. Así, el actual sistema de tachas permite superar el anterior sistema de inhabilidades prevista en los artículos 1245 a 1247 CC. Actualmente, salvo los supuestos de idoneidad prevista en el artículo 361 LEC, no se excluye la declaración de ningún testigo, si bien deberán atenderse a efectos de valoración las circunstancias que concurran y que reduzcan su credibilidad, privilegiando las declaraciones de aquellos testigos en los que no concurran tales circunstancias.

STS (Sala 1ª) 21 diciembre 1998 (RJ 1998, 9562).

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Diferencia entre inhabilidad y tacha de testigos.

«La tacha de testigos, que siempre hay que advertir no es lo mismo que su inhabilidad para declarar –inhabilidad natural (artículo 1246 CC) e inhabilidad legal (artículo 1247)–, no es medio de prueba, sino más bien opera como precaución o advertencia que la Ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testificales de aquellas personas que puedan estar afectadas de parcialidad y por ello no ser veraces. Las tachas no tienen otro trámite que el de la prueba de las causas que se alegan, si se solicita la misma (artículo 664 LEC), y tanto se practique, como no, en la sentencia donde el Juez debe valorar la tacha alegada y la importancia del testimonio del testigo tachado, con lo que no se impide estimar en todo o en parte el valor probatorio de estas declaraciones (SS. 3 diciembre 1984 [RJ 1984, 6026], 1 junio y 10 noviembre 1989 [RJ 1989, 4281 y 7867], 23 noviembre 1990 [RJ 1990, 9043] y 6 octubre 1994 [RJ 1994, 7804]), al autorizar el artículo 1248 del Código Civil y el 659 de la Ley Procesal Civil su apreciación discrecional, para lo que se puede tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada testigo y entre éstas aquellas por las que fueron tachados. Tal actividad valorativa no es objeto de censura casacional. La Sentencia de 20 julio 1995 (RJ 1995, 6194) declara que la tacha actúa como circunstancial y ha de apreciarse en concurrencia con otras coyunturas que se den. También sucede en el caso presente, que tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial, no dieron relevancia alguna al testigo tachado y menos su declaración trascendió a los fallos que pronunciaron. De esta manera no se ha producido la vulneración de los preceptos que se citan en el motivo, que carece de todo fundamento e incluso resulta absurdo, como declaró la Sentencia de esta Sala de casación civil de fecha 12 junio 1998 (RJ 1998, 4683)».

SAP (Secc. 14ª) Madrid, 24 enero 2000 (AC 2000, 3094).

Ponente: Ilma. Sra. Dª Amparo Camazón Linacero.

«La tacha de testigos, que no es lo mismo que su inhabilidad para declarar (inhabilidad natural, artículo 1246 del Código Civil, e inhabilidad legal, artículo 1247 del mismo texto legal, que no concurre en este supuesto) no opera más que como precaución o advertencia que la Ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testificales de aquellas personas que puedan estar afectadas de parcialidad y por ello no ser veraces. Las tachas no tienen otro trámite que el de la prueba de las causas que se alegan, si se solicita la misma (artículo 664 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y tanto se practique, como no se practique, es en la sentencia donde el juez debe valorar la tacha alegada y la importancia del testimonio del testigo o testigos tachados, con lo que no se impide estimar en todo o en parte el valor probatorio de estas declaraciones

(SSTS de 3 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6026], 1 de junio [análoga a RJ 1998, 9562] y 10 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 7867], 23 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 9043] y 6 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7804]), al autorizar el artículo 1248 del Código Civil y el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil su apreciación discrecional, para lo que se puede tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada testigo y entre éstas aquellas por las que fueron tachados».

SAP Palencia, 15 enero 1997 (AC 1997, 180).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Santiago Martínez García.

«Las inhabilidades impiden que declare el testigo, mientras que la tacha es el medio puesto por la Ley a disposición de la parte perjudicada por la declaración del testigo que no ha reconocido que concurre en él alguna causa legal, para que pueda denunciar y probar que sí concurre en él tal circunstancia a efectos de que sea tenida en cuenta por el Juez al valorar el testimonio, o como dice el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "para los efectos que procedan en definitiva". Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 octubre 1968 (RJ 1968, 4091), las tachas no incapacitan al testigo para serlo conforme al artículo 1247 del Código Civil; no son más que motivos de sospecha o recelo que, si bien obligan al Juez a prestar atención al valor de las pruebas, al influjo que las circunstancias que lo determinan han podido ejercer en la fidelidad del testimonio, no coartan en lo más mínimo la facultad discrecional que asiste al Tribunal para apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, pues lo mismo que uno de éstos, aun tachado, puede ser creído por el Juez si adquiere el racional convencimiento de que se ha producido verazmente en su declaración, el mismo testigo, aun no tachado, puede no ser creído por el Juez si éste llega al convencimiento contrario. Como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 diciembre 1984 (RJ 1984, 6026), la fuerza de la tacha es más débil y relativa, pues está sometida a la apreciación racional del Juez, atendiendo a las condiciones del testigo, de su dicho y de la relación de esta prueba con las demás; en cambio, la eficacia de la inhabilitación es absoluta e independiente de las cualidades especiales del testigo. En consecuencia, no se debió declarar inhábil al testigo, y se debió proceder a recibir su testimonio, sin perjuicio de la valoración que después se le hubiera dado a tal testimonio».

La tacha del testigo precisamente tiende a poner en conocimiento del Juzgador determinadas circunstancias del testigo que pueden poner (y que ponen objetivamente) en tela de juicio su imparcialidad y, por tanto, la veracidad de sus declaraciones. O lo que es lo mismo, en palabras de Picó¹⁰⁶, es un mecanismo dirigido al Juez mediante el cual se le pone de precaución o advertencia de las declaraciones testificales de aquellas personas que pueden estar afectadas de parcialidad y por ello no ser veraces. De ese modo se pretende garantizar la fiabilidad e imparcialidad del testigo¹⁰⁷.

SAP (Secc. 1ª) Murcia, 1 febrero 2000 (AC 2000, 180).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Dinader.

Concepto de tacha de testigos.

106. PICÓ JUNOY, J., «Art. 377», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (dir. LORCA), cit., pág. 2013.

107. RIFA SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BAILESTEROS y VALLS), cit., pág. 1736.

«El procedimiento de tacha de testigos no implica la inhabilidad de los mismos para ser testigos en el procedimiento, sino tan sólo es un trámite que permite poner en conocimiento del juzgador determinadas circunstancias del testigo que pueden poner en tela de juicio su imparcialidad y la veracidad de sus manifestaciones, pero, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8582) que se hace eco de la antigua Sentencia del mismo Tribunal de 11 de febrero de 1914, "la apreciación de sus declaraciones, sean aquéllas tachables o no, es siempre de la libre apreciación del juzgador"».

SAP (Secc. 5ª) Vizcaya, 3 septiembre 1997 (AC 1997, 1941).
Ponente: Ilma. Sra. Dª María de las Mercedes Oliver Albuerno.

«la tacha de testigos es un incidente procesal cuyo fin es dilucidar si existe o no alguna causa de inhabilitación del testigo que no haya sido admitida en la respuesta a las generales de la Ley, y por consiguiente (artículo 661 de la LEC) no se abrirá este incidente cuando el testigo haya admitido la existencia de alguna de estas causas, como en el supuesto que nos ocupa ocurrió (pág. 361), en el que la testigo al contestar a las generales de la ley manifestó que era la esposa del actor y madre y suegra de los demandados, siendo desagradable por esa circunstancia; a ello debe añadirse, que la parte actora formuló a la misma las repreguntas que tuvo por conveniente, por lo que como tiene declarado la jurisprudencia, la tacha, que sólo es aviso destinado a prevenir al órgano jurisdiccional acerca del contenido de las manifestaciones del testigo, pierde interés al ser utilizado por la parte que lo tacha; y por último decir, que un testigo tachado puede ser creído por el juzgador, sin que la circunstancia referida sea óbice en un procedimiento del tipo que nos ocupa, referido a hechos, que personas ajenas a la familia difícilmente podrían conocerlos y asimismo, que la petición fundamental de la parte recurrente, en relación a que no se dé valor probatorio a dicha testigo, pone de relieve la divergencia de intereses entre ambos cónyuges, y cuestiona su legitimación cuestión a la que aludiremos en el fundamento siguiente».

Las preguntas generales a los testigos integran o complementan el mecanismo de la tacha¹⁰⁸. Tal y como lo vimos *supra*, tienen como finalidad, además de la perfecta identificación del testigo, que el Juzgador detecte posibles causas de inidoneidad contempladas en el artículo 361 LEC y poner de manifiesto la posible concurrencia de causa que suponga parcialidad en el testigo.

El objeto de estas preguntas coincide prácticamente con las causas de tacha de los testigos. Asimismo, las causas de tacha de testigos y de peritos son igualmente coincidentes. En el tenor de los artículos 367, 377 y 343 LEC recogen las mismas causas y hasta incluso prácticamente iguales términos en su redacción, si bien con algunos matices. Veamos los términos legales:

a) Relación familiar.

367.1.2º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus Abogados o Procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos.

108. Como afirma GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Tacha de los testigos», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516* (coord. GORDÓN, ARMENTA, MUERZA Y TAPIA), cit., págs. 1260-1, el art. 367, se plantea como un refuerzo, como un segundo filtro que el legislador otorga a la parte que, no habiendo formulado tacha por desconocer su existencia, o no creerlo conveniente, o no ser posible.

377.1.1º Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su Abogado o Procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo.

343.1.1º Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus Abogados o Procuradores.

SAP (Secc. 1ª) Tarragona, 16 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 7597).
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan.

La mera condición de esposa del actor supone incurrir en motivo de tacha.

«Bien, pues aceptando el reproche de la apelante conviene señalar que la testigo por ella aportada, Susan Dorothy A., no sólo ha de rechazarse por su condición de esposa del actor, incurriendo en el motivo de tacha del núm. 1 del art. 377, sino también por su forma de emitir su testimonio, respondiendo con un automatismo irreflexivo e, incluso, antes de que se le concluyeran de hacer las preguntas, lo que evidenció su preparación y concierto previo, que se puso más de manifiesto al responder a las preguntas de la parte contraria, a la que demandó que se las expresara con calma, al parecer por tratarse de extranjera, al tiempo de que evidencia su casi total ignorancia respecto de la compraventa».

b) Relación económica

367.1.3º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su Procurador o Abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.

377.1.2º Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su Procurador o Abogado o estar a su servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses.

343.1.3º Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus Abogados o Procuradores.

c) Interés directo o indirecto.

367.1.4º Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

377.1.3º Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate.

343.1.2º Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

d) Relación afectiva.

367.1.5º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus Procuradores o Abogados.

377.1.4º Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su Abogado o Procurador.

343.1.4º Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus Procuradores o Abogados.

e) Desmerecimiento personal o profesional.

367.1.6º Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio.

377.1.5º Haber sido el testigo condenado por falso testimonio.

343.1.5º Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

Como puede comprobarse, la causa del artículo 377.1.1º coincide exactamente con la pregunta del artículo 367.1.2º; la del 377.1.2º con la del artículo 367.1.3º; la del 377.1.3º con la del 367.1.4º; la del 367.1.4º con la del 367.1.5º; y la del 367.1.5º con la del 367.1.6º. Entre las preguntas generales y las causas de recusación de los testigos se da una sola diferencia. Respecto a la causa de tacha del testigo prevista por el artículo 377.1.3º, que no contempla el interés directo o indirecto con otro semejante al asunto que se trate, sí contenido entre las preguntas generales del artículo 367.1.4º LEC (como también, curiosamente, entre las causas previstas en el artículo 343.1.2º LEC de tacha del perito).

Es más, las circunstancias por las que los peritos podrán ser objeto de tacha con las causas de abstención y recusación de Jueces y Magistrados previstas en el artículo 219 LOPJ, las de recusación de los peritos prevista en el anterior por remisión y en el artículo 124 LEC y las causas de tacha de los testigos prevista en el artículo 377 LEC son prácticamente idénticas en su base. Su finalidad no es otra más que el deber de imparcialidad y objetividad en las funciones o actividad de testigos, peritos y Jueces y Magistrados.

Así, las coincidencias son prácticamente completas entre las causas de tacha de los peritos, que estudiamos *supra* y las de los testigos. Como nota general, en relación con la legislación derogada es que en ambos supuestos las causas de tacha se amplían, pues los vínculos subjetivos no sólo quedan limitados a las partes, sino también a los Abogados y Procuradores de las mismas. Así y todo podemos encontrar algunas diferencias en la regulación.

a) Relación familiar.

El artículo 377 LEC para la tacha de testigos, en relación con el artículo 343 LEC para los peritos, incluye, además de serlo actualmente, también «haber sido» cónyuge o pariente, aunque actualmente puedan no serlo. Del mismo modo, la relación familiar del testigo ha de serlo respecto de la parte que lo haya presentado, sin que concurra la causa si lo es de la contraparte o cualquier tercero o interesado. Y, por último, para los testigos se expresa que la relación familiar incluye de que

deriva por vínculos de adopción, tutela o análogo¹⁰⁹. Entre estos análogos habría que incluir igualmente las relaciones familiares denominadas de «hecho» incluidas las homosexuales¹¹⁰.

SAP Palencia, 15 enero 1997 (AC 1997, 180).
Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Santiago Martínez García.
Relación familiar.

«Concretamente respecto a los supuestos de parentesco, el artículo 1247, números 2, 3 y 4 del Código Civil declaran inhábiles para declarar como testigos a los ascendientes en los pleitos de los descendientes, y a éstos en los de aquéllos, al suegro o suegra en los pleitos del yerno o nuera y viceversa, al marido en los pleitos de la mujer y a la mujer en los pleitos del marido. Dicha norma del Código Civil ha de ponerse en relación con las tachas legales del artículo 660.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativa a ser el testigo pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, del litigante que lo haya propuesto, de tal manera que sólo los supuestos contemplados en los números 2, 3 y 4 del artículo 1247 del Código Civil son elevados a la categoría de inhabilidades, por lo que la relación de parentesco entre tío y sobrinos, que como es sabido es de tercer grado, no es motivo de inhabilidad, y sí sólo de tacha legal».

b) Relación económica.

Se refiere la dependencia a una relación o situación dotada de habitualidad y que genera contraprestaciones. Para el testigo, la relación de dependencia ha de serlo en el momento de prestar declaración. Junto a la relación de dependencia se menciona que el testigo esté al servicio de la parte que lo haya propuesto (el perito respecto de alguna de las partes), su Abogado o Procurador, así como «estar a su servicio o hallarse ligado por cualquier relación de sociedad o intereses»¹¹¹. En otros términos, para el perito, además de la relación de «dependencia», se alude a la «de comunidad o contraposición de intereses».

STS (Sala 1ª) 12 noviembre 1985 (RJ 1985, 5578).
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez.
Actividad esporádica de profesión de abogado.

«la actividad esporádica profesión de un Abogado en actuaciones que directa o indirectamente afecten a una determinada persona, en manera alguna puede significar,

109. En cualquier caso, como señalé, la referencia del art. 343 LEC acerca de la tacha de peritos ya era lo suficientemente amplia como para entender incluida en ella toda situación familiar que, dentro de los grados expresados, pueda equipararse (pareja de hecho, adopción, tutela y similares).
110. En ese sentido RIFÀ SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., pág. 1737. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Tacha de los testigos» (COORD. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., pág. 1261 se limita a mencionar las relaciones «de hecho».
111. La situaciones que derivaban de una relación de sociedad o intereses no resultaba fácil encuadrarla en las relaciones «de dependencia», más bien había que introducirlas por la vía de las relaciones afectivas o de amistad. Actualmente se encuadra mejor entre las causas basadas en relaciones económicas.

por sí sola, al tiempo de prestar declaración, el carácter de socio, dependiente o criado del que lo hubiera presentado, a que alude el número 2º del artículo 660 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues que este precepto al considerar la dependencia, se contrae no a la esporádica o accidental, sino a la habitual que genera servicios retribuidos, como tampoco la situación de íntima amistad o enemistad manifiesta que contempla el número 5.º del citado artículo 660, dado que esas situaciones, no son consecuencia de una accidental intervención profesional, sí que de lazos afectivos vinculantes derivados de relaciones afectivas sentimentales que no necesariamente se producen en las relaciones de índole meramente profesional, que por su propia naturaleza, de no darse circunstancias especiales, se producen con independencia de situaciones amistosas personales».

SAP (Secc. 5ª) Asturias, 27 mayo 1999 (AC 1999, 5004).

Ponente: Ilma. Sra. Dª María José Pueyo Mateo.

Declaración del obligado a guardar secreto por su estado o profesión.

«el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones ha declarado entre otras en la reciente Sentencia de 12-11-1998 (RJ 1998, 8741) que el incidente de tacha no invalida de por sí la declaración prestada por la persona a que se refiere la misma, y que el Juez se encuentra facultado para tener en cuenta el testimonio dado, en el supuesto de que llegue al convencimiento de haber sido prestado con veracidad. Por el contrario es opinión mayoritaria en la doctrina que si prestó declaración quien era inhábil debe tenerse aquella por no realizada. Ciertamente el núm. 5 del artículo 1247 del CC inhabilita para ser testigo a las personas obligadas a guardar secreto por su estado o profesión. Mas como se ha encargado de puntualizar el TS en la Sentencia de 5-3-1981 (RJ 1981, 899) tal inhabilidad por lo que se refiere al Abogado no es absoluta en el sentido de que aquél por el mero hecho de serlo puede ser rechazado tanto "a priori", como en las manifestaciones testificales a la que se proyecta las preguntas formuladas a dicho testigo y por éste contestadas siempre que no formen parte realmente del secreto profesional y en consecuencia no alcanza a materia que le hubiera sido confiada al Abogado con obligada reserva profesional. En el caso de autos el Procurador que declara como testigo era el Procurador de la señora C. en el proceso principal, no de la señora G. y en cuanto al Letrado señor G.-V. se hallaba en el despacho del Letrado de la señora C. cuando la señora G. acudió con su sobrina al mismo al parecer al conocer la existencia del procedimiento. Mas con independencia de ello no cabe soslayar que la referida visita ya constaba en el proceso principal mediante el escrito aportado por los actores— aunque en el mismo se afirmaba que quien había acudido era una sobrina de la señora G. no mencionando a ésta— y que fue el que permitió que se intentara el emplazamiento personal de la señora G. en el lugar de su residencia en Mascaraque».

SAP (Secc. 1ª) Segovia, 21 diciembre 1994.

Ponente: Ilma. Sra. Dª Concepción Espejel Jonquera.

Testigo asalariado y dependiente de la actora y conductor de camión implicado.

«Impugna la recurrente la valoración de la prueba efectuada por el Juez "a quo", apuntando, en primer lugar, que la testifical considerada en primera instancia para estimar acreditada la culpabilidad del conductor demandado carece de fiabilidad por cuanto el testigo, además de ser dependiente y asalariado de la actora, es la persona que conducía el otro camión implicado en el evento, que, lógicamente, ofrece una versión exculpatoria de su propia actuación; lo que obliga a señalar que, aunque la relación laboral con la empresa demandante del mencionado "testigo" no excluiría el valor probatorio de su manifestación, por cuanto es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que la circunstancia de que los testigos propuestos sean empleados de la parte,

no comporta la incapacidad de los mismos para declarar, dado que tal condición podría suponer, a lo sumo, un interés indirecto, subordinado o dependiente pero no el interés directo al que se refiere el párrafo primero del art. 1247 del CC, por lo que representaría únicamente la posibilidad de tacha al testigo, pero no su inhabilitación para testificar, SSTS 23 noviembre 1990 (RJ 1990, 9043), 5 julio 1991 (RJ 1991, 5568), y en semejantes términos 30 noviembre 1991 (RJ 1991, 8582), que concretó que el interés directo a los fines mencionados ha de entenderse en el sentido de efecto de cosa juzgada de la sentencia, de modo que sólo si ésta va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses quedará éste afecto por la causa de inhabilitación referenciada; habiendo precisado dichas sentencias que la tacha de los testigos o la posibilidad de ser tachados no impide al juzgador estimar en todo o en parte el valor probatorio de sus declaraciones; en análogos términos SSTS 12 noviembre 1985 (RJ 1985, 5578), 16 febrero 1989 (RJ 1989, 970), 1 junio 1989, 10 noviembre 1989 (RJ 1989, 7867) y 20 julio 1995 (RJ 1995, 6194), no puede dejar de reconocerse que la circunstancia apuntada en segundo lugar, es decir, la condición del declarante de implicado en el evento enjuiciado, como conductor del vehículo siniestrado, aunque el mismo no sea parte en este proceso, por no haber sido lesionado o perjudicado, siéndolo la propietaria del camión para la que trabajaba, la cual reclama en esta litis el costo de reparación del móvil y el lucro cesante dimanante de su paralización, efectivamente haría insuficiente su manifestación, contradictoria con la ofrecida por la contraparte, para llegar a la convicción de que el suceso se produjo en la forma que se declara probado; consideración que, sin embargo, no basta para concluir que no ha quedado evidenciada la forma en que se desarrollaron los hechos, la intervención en ellos del conductor del vehículo asegurado por la recurrente, la negligencia imputable a éste y la relación de causalidad entre su actuación y el resultado dañoso producido; dado que el relato fáctico de la resolución viene abonado por datos objetivos...».

c) Interés directo o indirecto.

El artículo 377 para el testigo, y al contrario de lo que ocurre con las preguntas generales al mismo y a la tacha del testigo, no incluye el interés en otro asunto semejante. Sin embargo la diferencia se minimiza si entendemos que el denominado «interés indirecto» puede incluir en su ámbito el interés «en otro semejante». En efecto, una correcta interpretación del interés indirecto debe dar cabida a toda situación por la que el testigo pueda obtener, del pleito en el que aporta su testimonio, un beneficio (o elimine un perjuicio, lo que vendría a ser lo mismo). Sin embargo, en mi opinión, convenía la inclusión de la referencia a otro asunto semejante siquiera para excluir posibles interpretaciones restrictivas o literalistas que pudieran reducir el interés al que se refiere el artículo 377 al mero beneficio —directo o indirecto— en el propio proceso en el que declara.

STS (Sala 1ª), 10 noviembre 1989 (RJ 1989, 7867).

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo.

Operatividad de la inhabilitación y de la tacha por interés directo.

«Amparado en la causa quinta del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia, el primer motivo del recurso interpuesto por "Fondmetall Aktiebolag (Fondmetall A. B.)" a infracción "por violación" de los artículos 1245 y 1247.1º del Código Civil así como el artículo 660 causa 3ª de la expresada Ley Procesal; sabido es que el artículo 1245 del Código Civil sanciona la posibilidad de ser testigo a toda persona de uno y otro sexo que no fueran inhábiles por incapacidad natural (art. 1246) o por disposición de

la Ley (art. 1247), por lo que consecuentemente obliga a relacionarlo, con los supuestos previstos en estos dos últimos artículos, en el caso presente con el número 1º del 1247, conforme al cual, son inhábiles por disposición de la Ley: "Los que tienen interés directo en el pleito"; ahora bien según dispone el artículo 660 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número tercero "Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante", es causa por la que la parte podrá tachar los testigos de la contraria, con lo que en cierto modo pudiera pensarse en una cierta contradicción entre uno y otro artículo, puesto que para uno es causa de inhabilitación mientras para otro es una mera tacha, mas del examen comparativo parece no existir tal contradicción, puesto que unas son con las tachas de la Ley Procesal y otras las inhabilitaciones del Código, cuya labor ha sido convertir algunas de las causas de tachas, por ejemplo "los que tienen interés directo en el pleito", en causas de inhabilitación, mientras que el interés indirecto en el pleito o directo o indirecto en otro semejante constituye causa de tacha, lo que trasciende a sus efectos, puesto que mientras la tacha puede alterar e incluso anular el testimonio, no por eso deja de ser testigo, la causa de inhabilitación establece una incapacidad para ser testigo; como en el supuesto que nos ocupa no existe interés directo por parte de los acusados testigos, nos encontramos ante una tacha, para lo que conforme ordena el artículo 661 dentro del plazo que se señala tendrá que ser presentado el correspondiente escrito, que siempre es necesario aunque la tacha sea reconocida por el testigo alegando las tachas concurrentes y bien con prueba o sin ella, según corresponda dicho escrito se unirá a los autos, para en su momento ser tenido en cuenta; de no hacerlo así, no se entenderá propuesta tacha alguna, entrando en juego sin la existencia de tachas cuanto dispone el artículo 652 de la Ley Procesal Civil; y como no aparece se haya dado lugar, a este proceso de tachas, ni procede considerar inhábiles a los testigos de la parte demandada que se relacionan en el recurso, no cabe decir se hayan dejado de aplicar dichos preceptos por lo que el motivo ha de ser desestimado».

SAP Jaén 4 marzo 1994 (AC 1994, 380).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón.

«la prueba testifical es la suministrada por personas que han presenciado o conocen los hechos y por los cuales se les interrogó; esta prueba, según entienda la doctrina es muy discutible a causa de la diversidad de condiciones, de inteligencia, percepción y crítica de las personas, lo que hace fallible el testimonio del hombre y el peligro de falsedad que encierra y por eso se ha limitado desde antiguo su admisibilidad y efectividad; esta limitación se manifiesta de dos formas, una excluyendo como hace el Código Civil a personas tituladas inhábiles, en virtud de una incapacidad natural (parentesco o interés directo) y otra permitiendo a la parte contraria tachar a los testigos contra los que se abrigue alguna sospecha de parcialidad, por causas determinadas en la Ley. Las causas de tacha en la LEC son más amplias que en el Código Civil, pues en el último (ya concretamente) se habla de interés directo y en la LEC se determina el interés directo o indirecto. La parte contraria puede tachar al testigo dentro de los cuatro días siguientes a la terminación de su examen (art. 661 de la LEC) al menos que al contestar a las preguntas o repreguntas, hubiera reconocido el interés en el pleito en cuyo caso tendrá que ser tenido en cuenta por el Juzgado. Con arreglo a lo dicho más arriba, el testimonio de los testigos tachados, de forma adecuada procesalmente, y en el tomo, don Francisco C. C., don Ángel A. N., don Tomás G. P. y don Francisco F. J. (folios 173, 174 y 174 vuelto) no podrán tenerse en cuenta a la hora de valorar las pruebas o en relación con ellas, pues han reconocido expresamente tener interés en el pleito y por tanto en su resultado».

STS (Sala 1ª), 23 noviembre 1990 (RJ 1990, 9043).

Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Interés indirecto.

«la circunstancia de "tener interés directo en el pleito" está contemplada en la ley bajo dos aspectos: como causa de inhabilitación, y como tacha, o dicho de otra forma, puede efectuarse primeramente oposición a la admisibilidad del testimonio, y si esta alegación no se hubiera efectuado en su tiempo, cabe la tacha posterior; en el presente caso, la pretendida incapacidad no se alegó en su momento procesal, ahora parece articularse como una tacha, en el desarrollo del motivo, pero de cualquier forma, el interés que se aduce no es en ningún caso "directo", sino claramente "indirecto", subordinado y dependiente del triunfo de las pretensiones que se ejercitan por el actor, a través de los cuales puede obtener alguna ventaja el testigo; y como por naturaleza y tratamiento procesal nos encontramos frente a una tacha, es de aplicación la doctrina jurisprudencial declarativa, de que la tacha no impide al juzgador estimar, en todo o en parte, el valor probatorio de las declaraciones de tales testigos tachados -Sentencias 7-6-1936 (RJ 1936, 1392); 26-11-1943 (RJ 1943, 1294); 16-2, 1-6 y 10-11-1989 (RJ 1989, 7867)-».

SAP (Secc. 2ª) León, 12 mayo 2000 (AC 2000, 2324).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez.

«la alegada incapacidad de dicho testigo, propuesto por la parte demandante, por su condición de asalariado dependiente de esta que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9043), "se hace necesario aclarar también, que el concepto de incapacidad testifical viene referido a la admisibilidad de la prueba, al contrario de la tacha que se refiere a la valoración de la misma"; y continúa, "el núm. 1º del citado art. 1247 del Código Civil, hay que ponerlo en relación con el núm. 3º del art. 660 de la LEC, resultando que la circunstancia de "tener interés directo en el pleito", está contemplada en la Ley bajo dos aspectos: como causa de inhabilitación, y como tacha, o dicho de otra forma, puede efectuarse primeramente oposición a la admisibilidad del testimonio, y si esta alegación no se hubiera efectuado en su tiempo, cabe la tacha posterior; en el presente caso, la pretendida incapacidad no se alegó en su momento procesal, ahora parece articularse como una tacha, en el desarrollo del motivo, pero de cualquier forma, el interés que se aduce no es en ningún caso "directo", sino claramente "indirecto", subordinado y dependiente del triunfo de las pretensiones que se ejercitan por el actor, a través de los cuales puede obtener alguna ventaja el testigo; y como por naturaleza y tratamiento procesal nos encontramos frente a una tacha, es de aplicación la doctrina jurisprudencial declarativa, de que la tacha no impide al juzgador estimar, en todo o en parte, el valor probatorio de las declaraciones de tales testigos tachados (Sentencias 7-6-1936 [RJ 1936, 1392]; 26-11-1943 [RJ 1943, 1294]; 16-2, 1-6 y 10-11-1989 [RJ 1989, 7867])". En definitiva, y no existiendo base alguna para no otorgar credibilidad al testimonio prestado por el señor M. M. que al contestar tanto a las preguntas como a las repreguntas que le fueron formuladas da amplias y pormenorizadas pruebas de la razón de su conocimiento y de los pormenores de las relaciones comerciales habidas entre las partes, y probado, por tanto, la existencia de éstas y la entrega al demandado de las mercancías a cuyo pago se le condena en la sentencia recurrida se está en el caso de desestimar el recurso y confirmar ésta en su integridad, pues el error padecido en el fallo al señalar que se estima íntegramente la demanda cuando lo es sólo parcialmente resulta intrascendente y pudo ser corregido, si se estimó preciso, por vía de aclaración de sentencia (art. 267.2 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375] y art. 363 LEC), pero no puede dar motivo para fundar un recurso».

Expresamente el artículo 380.1.1ª LEC excluye la tacha de testigo por razón de interés directo en el asunto en aquellos supuestos en los que, habiéndose aportado conforme al artículo 265.1.5º LEC informes escritos sobre hechos encargados por

una de las partes y éstos no hubiesen sido reconocidos, los autores de dichos informes sean interrogados como testigos.

d) Relación afectiva.

Aunque el artículo 377 contiene el término «una de las partes» y se refiere a su Abogado o Procurador en singular, y el artículo 343, «cualquiera de las partes» y la referencia lo es a «sus Procuradores o Abogados», lo bien cierto es que en cuanto a la relación afectiva como causa de tacha del testigo concurrirá la causa cuando se produzca respecto de cualquiera de las partes, al contrario de otras causas relativas al testigo.

En ambos casos se omite la calificación de «manifiesta» de la enemistad, si bien a pesar de la omisión resulta claro que ésta, como la amistad íntima, ha de ser de tal intensidad y lo suficientemente apreciable que permita considerar en el caso concreto que la declaración del testigo no reúne las condiciones de objetividad suficientes¹¹².

Ejemplos de enemistad pueden encontrarse en algunas de las previsiones del artículo 219 LOPJ para la recusación de Jueces y Magistrados: si el testigo esté o haya sido denunciado, denunciante, acusador o acusado por alguna de las partes, o tener pleito pendiente con las mismas.

e) Desmerecimiento personal o profesional (haber sido el testigo condenado por falso testimonio).

Posiblemente sea en esta causa donde mayores diferencias se dan respecto del perito. Para éste se alude a un genérico cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que les haga desmerecer en el concepto profesional. En el caso del testigo, tanto en las preguntas generales como en las causas de recusación, se limita a mencionar «haber sido el testigo condenado por falso testimonio» (artículo 458 y ss. CP). Igualmente, a pesar del tenor literal, bastará con que la condena se haya producido, aunque ésta todavía no sea firme por haber sido objeto de recurso¹¹³.

Desde luego, el haber sido condenado por este delito es una importante circunstancia que puede desmerecer el concepto profesional o personal del testigo. Sin embargo, para el perito las causas expresadas en el tenor de la Ley sobre tal desmerecimiento pueden ser más numerosas. Aunque hubiera sido más conveniente una cláusula abierta que permitiera incluir con mayor claridad cualquier

112. Compartimos con RIFA SOLER, J. M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y VALLS), cit., págs. 1739-40, que esta supresión en nada modifica la causa.

113. En este sentido, véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Prueba testifical (arts. 360-381)» en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 3 (con TORRES, DURO y CASERO), cit., pág. 231.

otra causa que pusiera en evidencia la posible parcialidad del testigo¹¹⁴, su desmerecimiento profesional no parece que afecte a la «calidad» de la declaración que realice. Lo que será influyente sería, más bien, el desmerecimiento «personal». Aun así, no parece que, por ejemplo, la condición moral, de salud o de cualquier otra índole similar deba o pueda formalmente ser causa de tacha del testigo.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE TACHA DE TESTIGOS

a) Sujetos que podrán formular la tacha.

Al contrario de lo que previsto para la tacha del perito¹¹⁵, expresamente se contempla que el testigo pueda ser tachado por la parte que lo propuso. Para ello contempla como condición que la causa de tacha sea conocida con posterioridad a su proposición. Desde luego, lo que no es aceptable porque puede suponer una tacha maliciosa, ni jurídicamente posible dado el plazo de formulación, es que la tacha se formule una vez haya declarado el testigo.

b) Plazo de formulación.

Una vez más, una cuestión de procedimiento se regula con parquedad en la LEC. El artículo 378 LEC prevé que «las tachas se habrán de formular desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista», sin perjuicio del deber de reconocer cualquier causa de tacha al ser interrogados por las preguntas generales. La previsión anterior, sin embargo, solamente tiene sentido respecto del juicio ordinario, en el que media un lapso de tiempo entre la admisión y la práctica en el que se podrá formular la tacha. Sin embargo, en el juicio verbal, en el que la admisión se produce en la misma vista, según los términos literales del artículo 378 LEC, no será posible formular tacha. A pesar de que esta interpretación es insostenible, las otras opciones tampoco resultan plenamente satisfactorias¹¹⁶. Podría argumentarse a favor de formularse la tacha una vez se comunique al órgano jurisdiccional la identidad y demás circunstancias de las personas que deban ser citadas como testigos (artículo 440.1 párrafo tercero LEC). Esta interpretación, no obstante, no parece prácticamente viable en cuanto no se establece trámite de comunicación a las demás partes y además exigiría que se procediera a la tacha antes de haber sido admitida la prueba. Igualmente, resulta insatisfactoria la interpretación por la que la tacha pueda formularse en el acto de la vista después de que se admita la prueba, lo que supondrá la suspensión de

114. Para PICÓ JUNOY, J., «Art. 377», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II (dir. LORCA), cit., pág. 2013, resulta criticable que no se halla optado en el caso de los testigos por una cláusula abierta que permita acoger cualquier otra circunstancia que ponga en evidencia la posible parcialidad del testigo.

115. Como señalamos *supra*, también para la tacha de la prueba pericial podía concluirse que es posible la tacha incluso por quien propuso tal prueba.

116. Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Prueba testifical (arts. 360-381)» (con TORRES, DURO y CASERO), cit., pág. 231.

dicha vista hasta que sea debidamente tramitada conforme al artículo 379 LEC. Sin embargo, esta causa no se halla entre las que «sólo podrá suspenderse» la vista conforme el artículo 188 LEC. No obstante, parece la única solución viable al callejón sin salida que nos sitúa el tenor literal de la LEC¹¹⁷.

SAP (Secc. 1ª) Murcia, 1 febrero 2000 (AC 2000, 180).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader.

Tacha de alguno de los testigos y no de otros.

«como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7867) "conforme ordena el art. 661 dentro del plazo que se señala tendrá que ser presentado el correspondiente escrito, que siempre es necesario aunque la tacha sea reconocida por el testigo, alegando las tachas concurrentes y bien con prueba o sin ella, según corresponda, dicho escrito se unirá a los autos, para en su momento ser tenido en cuenta; de no hacerlo así, no se entenderá propuesta tacha alguna, entrando en juego sin la existencia de tachas cuanto dispone el art. 652 Ley Procesal Civil". En el mismo sentido las Sentencias del mismo Tribunal de 28 de mayo y 21 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 4389 y 7013) reiteran la necesidad de tachar en forma a los testigos para poder ser apreciada la causa por el Tribunal, lo que aquí no se ha realizado respecto a dos de los testigos que ahora se pretenden tachar extemporáneamente».

SAP Ciudad Real, 11 enero 1995 (AC 1995, 146).

Ponente: Ilma. Sra. Dª Carmen Pilar Catalán Martín de Bernardo.

Tacha extemporánea.

«si bien es cierto, que el art. 661 de la LEC, establece el término de los cuatro días siguientes al en que se hubieren terminado las declaraciones de los testigos, para solicitar la tacha de los mismos, dicho plazo hay que ponerlo en relación con la clase de juicio en el que se produce la misma, pues está claro, que dicho incidente habrá de dilucidarse antes de dictar sentencia por afectar a la prueba del proceso. En los interdictos de retener o recobrar la posesión, el art. 1657 de la LEC, preceptúa que la sentencia deberá dictarse en el día siguiente al de la terminación del juicio, y habiendo finalizado éste, con la práctica de la última prueba propuesta el día 11 de octubre, la parte sabía o debía conocer que la resolución debía recaer en el siguiente día hábil, presentado el escrito de tacha de testigo, tras dictarse sentencia, cuando lo podía haber hecho con anterioridad, motivo por el cual el juzgador no pudo pronunciarse sobre el mismo».

c) Justificación de la tacha, oposición y su prueba.

Al igual que el artículo 343.2 LEC para la tacha de peritos, el artículo 379 LEC excluye la testifical entre las pruebas propuestas conducentes a justificarla. Exclusión sobre la que, como vimos al estudiar la prueba pericial, se halla dividida la doctrina.

117. Para GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Tacha de los testigos» (COORD. CORDÓN, ARMENTA, MUERZA Y TAPIA), cit., pág. 1261, este «tal vez sería un supuesto en que debiera acordarse la suspensión prevista en el art. 188, a fin de que se pueda llevar a cabo la citada previsión».

Ante las opciones procedimentales para la alegación de la tacha en el juicio ordinario que permite el artículo 378 LEC, GARBERÍ¹¹⁸ concluye que el procedimiento del artículo 379 LEC tan sólo es aplicable en el seno del juicio ordinario. A mi entender, no se trata tanto de que no sea aplicable el artículo 379 LEC como que su contenido se adecue a los especiales caracteres del juicio verbal. En primer lugar, opino que en los casos en que pueda conocerse la identidad del testigo previamente a la vista, y aunque todavía no haya sido admitida la prueba, podrá formularse la tacha por escrito y seguirse con los trámites del artículo 379 sin ninguna particularidad. En otro caso, no queda más opción que poderse formular la tacha en la vista de forma oral una vez propuesta y admitida. En tal caso, si la contraparte la acepta, tampoco se plantearía particularidad alguna. Si no es aceptada expresamente, podría no obstante entenderse todavía que la acepta por el mero hecho de no formular oposición en el mismo acto de la vista o, al menos, por no haberla anunciado en dicho acto. Y solamente en estos casos procedería la posible suspensión de la vista y la tramitación prevista en el artículo 379: tres días para formular la tacha por escrito (en caso de que meramente se haya anunciado), pudiendo aportar documentos.

d) Valoración y control vía recursos.

Para la valoración, remite a lo dispuesto en el artículo 344.2 LEC para la prueba pericial, y a lo contenido en el artículo 376 LEC sobre valoración de las declaraciones de testigos. Así, pues, «el Tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, formulando, en su caso, mediante providencia, la declaración de falta de fundamento de la tacha» (artículo 344.2 LEC), siendo que, en todo caso; «los Tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado» (artículo 376).

STS (Sala 1ª) 3 diciembre 1984 (RJ 1984, 6026).

Ponente: Excmo. Sr. D. Ceclio Serena Velloso.

Valoración de la prueba de declaración de testigos tachados.

«sabido es que la concurrencia de una tacha en los testigos (artículo seiscientos sesenta de la Ley de Enjuiciamiento Civil) cuando no constituye causa de inhabilidad (artículos mil doscientos cuarenta y seis y mil doscientos cuarenta y siete del Código Civil) no impide la valoración de su dicho con arreglo a lo que disponen los artículos seiscientos cincuenta y nueve y seiscientos sesenta y seis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mil doscientos cuarenta y ocho del Código Civil y sin que la existencia de la tacha sea más que una de "las circunstancias que en ellos concurren" y que habrá de apreciarse juntamente con las otras circunstancias y con la razón de ciencia que hubieren dado y todo "conforme a las reglas de la sana crítica" y en combinación con las otras pruebas practicadas».

118. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Prueba testifical (arts. 360-381)» (con TORRES, DURO y CASERO), cit., pág. 231.

SAP (Secc. 2ª) Córdoba, 29 octubre 1999 (AC 1999, 2085).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

«debe recordarse la doctrina jurisprudencial que viene puntualizando que la tacha no impide al Juzgado estimar, en todo o en parte, el valor probatorio de las declaraciones de los testigos tachados (S. 23-11-1990 [RJ 1990, 9043]), sin que la existencia de la posible tacha sea una más de las circunstancias que en ellos concurren y que habrá de apreciarse conjuntamente con las otras circunstancias y con la razón de ciencia que hubieren dado y todo ello conforme a las reglas de la sana crítica (SS. 7-5-1982 [RJ 1982, 2557], 31-12-1984, 16-2, 1-6, 10-11-1989 [RJ 1989, 7867]), de ahí que el TS haya declarado en numerosas ocasiones que la tachabilidad del testigo no obsta a la apreciación de la prueba testifical y, con carácter concreto, ha admitido la eficacia de testimonios prestados por personas unidas a la parte proponente por un vínculo jurídico (mandato, arrendamiento de servicios, relación laboral, servicio doméstico, etcétera)».

SAP (Secc. 1ª) Jaén, 11 diciembre 1998 (AC 1998, 8386).

Ponente: Ilma. Sra. Dª Elena Arias-Salgado Robsy.

«las tachas no incapacitan al testigo para serlo, no siendo más que motivos de recelo o sospecha que hacen que se deba prestar singular atención al valor de la prueba, al influjo que las circunstancias hayan podido ejercer en la fidelidad del testimonio prestado (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 diciembre 1984 [RJ 1984, 6026] o 6 mayo 1983 [RJ 1983, 2673])».

La consecuencia práctica de la anterior previsión es que si el Juzgador otorga mayor credibilidad al testimonio de un testigo directo que a otro indirecto, o a un testigo parcial antes que a otro imparcial, la valoración no responderá a las reglas de la sana crítica, la lógica y la razón, lo que hará posible su control vía recursos (apelación y recurso frente a su resolución, con dudas si extraordinario por infracción procesal o casación)¹¹⁹. De todos modos, este control continuará siendo excluido cuando el elemento comparador se establezca respecto de otros medios de prueba. En tales casos, con argumento en la libre valoración de la prueba, quedará al margen de control casacional.

STS (Sala 1ª), 20 julio 1995 (RJ 1995, 6194).

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Valoración discrecional de la prueba que excluye su censura casacional.

«La acentuada nota de discrecionalidad valorativa de dicha prueba no permite, en principio, su censura casacional, aunque el testigo cuya declaración se tenga en cuenta haya sido objeto de tacha, pues la misma no impide su valoración judicial (Sentencia de 6 octubre 1994 [RJ 1994, 7804], que cita las de 17 mayo 1974 [RJ 1974, 2089], 17 y 30 julio 1980, 6 mayo 1983 [RJ 1983, 2673], 3 diciembre 1984 [RJ 1984, 6026] y 10

119. Para GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., «Prueba testifical (arts. 360-381)» (con TORRES, DURO y CASERO), cit., pág. 226, los recursos serían apelación y extraordinario por infracción procesal. Sin embargo, resulta dudoso si en este último caso, por tratarse de una infracción legal, no procedería el recurso de casación. Véase sobre esto ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), cit., págs. 583-4.

noviembre 1989 [RJ 1989, 7867]), siendo cuestión diferente cuando se trata de inhabilidad testifical (artículos 1246 y 1247 del Código Civil). La tacha opera como circunstancial y ha de apreciarse en concurrencia con otras coyunturas que se den».

En cualquier caso, tratándose de un problema de valoración de la prueba, y debiendo realizarse ésta libremente, la jurisprudencia ha venido excluyendo la necesidad de que se resuelva la tacha del testigo de forma expresa en la sentencia.

STS (Sala 1ª) 15 febrero 1989 (RJ 1989, 9880).

Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

Motivación sobre la tacha en la sentencia.

«en la sentencia recurrida no se resuelve sobre la tacha formulada respecto al testigo don Abelardo G. C., que declaró en la segunda instancia. Ahora bien, lo cierto es que la Ley no exige un pronunciamiento específico del órgano jurisdiccional sobre si en un testigo concurre o no la causa por la que ha sido tachado, sino que, a través del trámite establecido en los artículos 660 y siguientes, se trata de aportar al proceso unos datos que pudieran tener trascendencia para valorar las declaraciones testificales y, en este caso, la circunstancia de haber sido el señor G. C., hasta fecha muy reciente, Letrado de la parte que le propuso como testigo, fue puesta en conocimiento de la Sala al procederse a tacha y hubo de ser tenida en cuenta para apreciar su testimonio, con lo que se satisfizo el legítimo interés del entonces apelante. Por tanto, no se produjo infracción del artículo 359 al no ser exigible declaración alguna en la sentencia sobre el punto referido, y consecuentemente tampoco puede acogerse este motivo».

SAP (Secc. 6ª) Málaga, 8 octubre 1999 (AC 1999, 2378).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro.

Efectos de no haber resuelto la tacha propuesta.

«denuncia la apelante haberse dictado Sentencia sin haberse proveído la conclusión del procedimiento, así como no haberse resuelto la tacha de testigos propuesta, y examinados los autos podemos observar que el Juzgado sí proveyó declarando concluso el juicio, pero no lo notificó a la demandada que comparecía por sí misma sin hacer uso de procurador, dictando Sentencia al día siguiente, defecto procesal aislado que no obsta a la consecución del fin del procedimiento que es precisamente la Sentencia y que, sobre todo, no causa indefensión pues, a diferencia de otros procedimientos, en el de Cognición no contempla el artículo 59 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (RCL 1952, 1612 y NDL 18642), la posibilidad de pedir vista oral o de hacer por escrito resumen de la prueba, por lo que, notificada o no la providencia la conclusión había de ser la misma; y en lo que se refiere a la tacha del testigo, es cierto que se presentó en tiempo y forma, antes de que se dictara la Sentencia, pero poco podría haber aportado pues el testigo había reconocido al contestar a las generales de la ley que era el secretario-administrador de la comunidad actora, y por ello no podía ser dejado de tener en cuenta por el juez al valorar su testimonio».

Audiencia previa al juicio ordinario

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 414. Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia.

1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.

Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de Derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.

2. Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de Abogado.

Al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su Procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia.

3. Si no compareciere a la audiencia ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, dictará auto de sobreesamiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.

También se sobreesará el proceso si a la audiencia sólo concurriere el demandado y no alegare interés legítimo en que continúe el procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si fuere el demandado quien no concurriere, la audiencia se entenderá con el actor en lo que resultare procedente.

4. Cuando faltare a la audiencia el Abogado del demandante, se sobreesará el proceso, salvo que el demandado alegare interés legítimo en la continuación del procedimiento para que se dicte sentencia sobre el fondo. Si faltare el Abogado del demandado, la audiencia se seguirá con el demandante en lo que resultare procedente.

A) GENERALIDADES SOBRE LA AUDIENCIA PREVIA

La audiencia previa, regulada en los artículos 414 a 430 LEC¹²⁰, es un acto procesal propio del juicio ordinario y de carácter necesario aunque las partes no planteen cuestiones procesales o el juzgador lo considere inútil¹²¹.

Ofrece importantes ventajas al proceso en la medida que concentra el análisis de todas las cuestiones procesales en una sola audiencia con el objetivo de que, tras la misma, al Juzgador solamente reste la formación de la convicción sobre los hechos controvertidos y/o la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico¹²². De ese modo, se depura el proceso y se fija el objeto del debate¹²³ y, como pone de manifiesto DAMIÁN¹²⁴, se evita la práctica bastante generalizada consistente en posponer para el momento de dictar sentencia el examen de determinados presupuestos procesales que impedían la resolución definitiva del litigio.

Las ventajas que ofrece la audiencia requiere nuevos esfuerzos por quienes participan en el proceso. Si todas las cuestiones procesales han de ser examinadas y resueltas en la audiencia, esto requiere un esfuerzo previo por el Juzgador que no solía ser habitual en la práctica forense del anterior sistema. Será necesario el estudio del asunto previo a la celebración de la audiencia para que ésta tenga un contenido material y no se convierta en una mera formalidad¹²⁵. Y lo mismo exigirá a las partes y, en particular, a los Abogados. En caso contrario, cabe que precluyan las posibilidades de alegación de las defensas que, por utilizar un símil «balompédico», a partir de la audiencia previa habrán quedado en «fuera de juego». Esto requiere, como señala TAPIA¹²⁶, un cambio de mentalidad y comportamiento de todos los sujetos procesales.

120. Sobre sus antecedentes históricos véase FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones técnico-prácticas (Comentarios a los artículos 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, Madrid, 2000, págs. 23-34. También GIMENO SENDRA, V. y FUENTES SORIANO, O., «Alegaciones y audiencia previa», en *Proceso civil práctico*, V (dir. GIMENO), Madrid, 2001, págs. III-122-3.

121. FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones técnico-prácticas (Comentarios a los artículos 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*, cit., págs. 69-72, critica el carácter necesario de la audiencia puesto que en ocasiones puede ser inútil.

122. Según indica GÓNEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)* (con otros), Oviedo, 2000, pág. 445, respecto a la regulación de la LEC/1881 destaca su «nueva denominación, su mejor regulación legal, la ampliación de su contenido que ahora se extiende hasta la proposición de prueba y su admisión».

123. Con esos términos, TAPIA FERNÁNDEZ, I., «De la audiencia previa al juicio», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516* (coord. con CORDÓN, ARMENTA y MUERZA), Elcano, 2001, pág. 1388, quien afirma además que se trata de una pieza clave en el diseño de un procedimiento ágil y eficaz.

124. DAMIÁN MORENO, J., «De la audiencia previa al juicio», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, II* (dir. LORCA), Valladolid, 2000, pág. 2111.

125. DAMIÁN MORENO, J., «De la audiencia previa al juicio», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, II* (dir. LORCA), cit., pág. 2112, afirma que redundará en un mejor aprovechamiento de las posibilidades procesales, contribuyendo a una más rápida y justa resolución del litigio.

126. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «De la audiencia previa al juicio», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516* (coord. con CORDÓN, ARMENTA y MUERZA), cit., pág. 1389.

Aparte de que podría haberse previsto más concentrado¹²⁷, quizá el principal coste del sistema, si de verdad ha de ser eficaz, sea el propio derecho, y en particular el derecho procesal. Si gran parte de los aspectos procesales se subsanan y, sobre todo, si realmente es cierto que precluyen las posibilidades de plantear las cuestiones procesales más allá de la audiencia previa en el juicio ordinario, caben dos alternativas: 1ª Que quizá sea necesario revisar el alcance de la eficacia de muchas normas procesales no tan imperativas como tradicionalmente se entendían. 2ª Que, salvo un mejor entendimiento del artículo 240.2 en relación con el 238 ambos LOPJ, en realidad la audiencia previa al juicio no sea tan «depuradora»¹²⁸ como se pretende.

B) CONVOCATORIA DE LA AUDIENCIA PREVIA

Formulada demanda por el actor y siendo admitida por el órgano jurisdiccional, dará traslado de la misma al demandado para que conteste en el plazo de veinte días desde el día siguiente a la recepción de la demanda.

a) Si no contesta en dicho plazo de veinte días, dentro del tercer día a partir de la finalización del plazo, se convocará la comparecencia.

b) Si contesta, de la misma se dará traslado al demandante, y se convocará la comparecencia dentro del tercer día desde la recepción de la contestación por el mismo.

c) Dentro de esos mismos tres días, será el momento adecuado para que el actor pueda pedir al Tribunal contestar a la alegación de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda opuesta por el demandado en su escrito de contestación (artículo 408.2 LEC). Dado que no se prevé trámite alguno para esta alegación, de efectuarse y solicitarlo el demandante en tales tres días, el Tribunal habrá de concederle el plazo de veinte días establecido para la contestación de la reconvencción¹²⁹. Y los mismos veinte días concederá si frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable (artículo 408.1 LEC). En tales casos, en consecuencia, de esta contestación se dará traslado al demandado que alegó la compensación o nulidad, convocándose comparecencia dentro del tercer día desde la recepción de la contestación.

d) Por último, si formula reconvencción el demandado, se dará traslado de la misma al actor, quien tendrá un plazo de veinte días para contestarla desde el día siguiente a la recepción de la misma. De nuevo: 1º Si no contesta, dentro del tercer día a partir de la finalización del plazo, se convocará la comparecencia. 2º

127. DAMIÁN MORENO, J., «De la audiencia previa al juicio» (dir. LORCA), cit., pág. 2112.

128. El epígrafe XII, párrafo tercero, de la exposición de motivos de la vigente LEC se refiere a que «la opción legislativa prudente es el juicio ordinario, con su audiencia previa dirigida a depurar el proceso y a fijar el objeto del debate».

129. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «De la audiencia previa al juicio» (coord. con CORDÓN, ARMENTA y MUERZA), cit., pág. 1390.

Si contesta, de la misma se dará traslado al demandado reconviniendo, y se convocará la comparecencia dentro de tercer día desde la recepción de la contestación por el mismo.

La convocatoria adoptará la forma de providencia (artículo 206.2.1ª) y contendrá la fecha en que ha de tener lugar la comparecencia, que habrá de ser dentro de los veinte días desde su convocatoria (artículo 414.1 LEC)¹³⁰. Además, considera GARBERÍ¹³¹ que en la convocatoria debiera reseñarse el deber de comparecer que corresponde a las partes, o a su Procurador especialmente habilitado, y a sus Abogados, con indicación de los efectos que pueden derivarse de su incomparecencia.

La convocatoria será notificada al demandante y demandado o demandados personados a través de su Procurador (artículo 152.1.1ª LEC). En caso de que el demandado o demandados no estuvieran personados, y por tanto, hubieran sido declarados en rebeldía (artículo 496 LEC), según lo previsto en el artículo 497.1 LEC, no se llevará a cabo notificación alguna a los mismos hasta la resolución que ponga fin al proceso¹³².

C) COMPARECENCIA O INASISTENCIA DE LAS PARTES

Aparte de la necesaria asistencia del Juzgador que conozca del asunto (artículo 137.2 LEC)¹³³, dado el trascendental objeto y consecuencias que corresponden a la audiencia previa¹³⁴, la comparecencia de las partes, por sí o por representante, junto con sus Abogados, adquiere una importancia significativa para el éxito de cada una de sus posiciones.

AAP, Secc. 1ª, Córdoba, 30 octubre 2001 (AC 2001, 1980).

Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Roque Villamor Montoro.

Necesidad de presencia de la parte en la comparecencia.

«Se ha de notar que cuando el legislador ha querido imponer la presencia de la propia parte, cuida de indicarlo, es el caso del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la vista de la finalidad de la audiencia previa de intentar la solución de la

130. Para GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)* (con otros), cit., pág. 447, el plazo de veinte días resulta más realista que los seis de la LEC/1881, permitiendo ahora su cumplimiento como regla general. Ahora bien, como recuerda TAPIA FERNÁNDEZ, I., «De la audiencia previa al juicio» (coord. con CORDÓN, ARMENTA y MUERZA), cit., pág. 1390, el incumplimiento de este plazo no tendrá consecuencia distinta de una eventual corrección disciplinaria.
131. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Prueba testifical (arts. 360-381)» (con TORRES, DURO y CASERO), cit., págs. 239-40.
132. HOYA COROMINA, J., «Audiencia previa», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 281 al 555* (coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), Barcelona, 2000, pág. 1871.
133. Véase ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Los procesos declarativos ordinarios (procesos ordinarios y sus especialidades)*, Madrid, 2000, págs. 79-100; GIMENO SENDRA, V. y FUENTES SORIANO, O., «Alegaciones y audiencia previa», en *Proceso civil práctico, V* (dir. GIMENO), cit., págs. III-124-5.
134. Véase JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal Civil* (con ORTELLS, MASCARELL, CÁMARA, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., págs. 646-51.

contienda con renuncia, transacción o allanamiento, imposible sin esa presencia personal o de poder bastante para esos actos».

Este éxito puede lograrse, en primer lugar, mediante la solución autocompositiva del asunto, exigiéndose para ello del poder de disposición. De ahí que se imponga la carga de comparecer bien personalmente o bien representadas por Procurador que ha de hallarse especialmente habilitado para realizar tales actos dispositivos: renunciar, allanarse o transigir. En segundo lugar, el éxito puede obtenerse porque se pongan de manifiesto cuestiones procesales o fijando hechos —de ese modo los términos del debate—, lo que exige unos conocimientos jurídico-técnicos, especialmente de derecho procesal, y una especial pericia. Esto explica que las partes preceptivamente deban comparecer asistidas de Abogado. En caso contrario, la falta de asistencia del Letrado del demandante comportará, salvo que el demandado alegue interés legítimo, el sobreseimiento del proceso (artículo 414.4 LEC).

Se ha planteado cierta polémica sobre qué ha de entenderse exactamente por poder especial del Procurador a efectos de celebrar la comparecencia¹³⁵: si se trata de un poder otorgado especialmente para la comparecencia, con designación de las partes y el procedimiento para el que se otorga; o hasta con un poder general pero que contenga además la mención de la posibilidad de renunciar, transigir, allanarse o desistir aunque no haga referencia a un procedimiento determinado; o incluso meramente con la mención de «especial del número 2 del artículo 25 de la nueva LEC». Polémica ésta provocada, entre otras cosas, por la deficiente regulación de este artículo 414.2 en comparación con otros preceptos, como por ejemplo el artículo 107.2¹³⁶. La jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre esta cuestión considerando que cualquiera de ellos sería suficiencia para celebrar válidamente la audiencia previa, pues todos ellos permiten cumplir con la finalidad de lograr un acuerdo total o parcial y, de ese modo, evitar la continuación del juicio ordinario.

SAP, Secc. 2ª, Lleida, 20 septiembre 2001 (AC 2001, 1833).

Ponente Ilmo. Sr. D. Albert Guilanyà i Foix.

Determinación de qué es poder especial a efectos de celebrar la comparecencia previa.

«... el artículo 414.2 establece que «Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado. Al efecto de intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurrieren personalmente sino a través de su procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurrieren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia». Un primer problema que se plantea es determinar qué debe de entenderse por poder especial, si

135. Véanse algunos aspectos de esta cuestión en GIMENO SENDRA, V. y FUENTES SORIANO, O., «Alegaciones y audiencia previa» (dir. GIMENO), cit., pág. III-126.
136. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), Elcano, 2001, págs. 145-6, opina que cuando se exige poder especial, no parece exigir su otorgamiento *ad hoc*, aunque introduce alguna duda el tenor del art. 414.2 LEC. Pero este último precepto no tiene la claridad del art. 107.2 LEC.

un poder otorgado especialmente para este acto con designación de las partes y el procedimiento para el que se otorga; uno que siendo general contenga además la mención de la posibilidad de renunciar, transigir, allanarse o desistirse aunque no haga referencia a un procedimiento determinado, o incluso como se viene sosteniendo en algunos juzgados (Oviedo p.e.), un poder general que además contenga la mención de "especial del número 2 del artículo 25 de la nueva LEC". Entiende la Sala que cualquiera de ellos gozaría de suficiencia para celebrar válidamente la audiencia previa, ya que con cualquiera de ellos puede conseguirse una de las finalidades que persigue la audiencia previa, cual es el lograr un acuerdo total o parcial entre las partes evitando así la continuación del ejercicio de la pretensión en todo o en parte».

La consecuencia de la falta de este poder especial es sumamente grave, pues se les tendrá como no comparecidos. Si bien la jurisprudencia, interpretando el precepto a la luz de la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión, y congruente con otras materias análogas (como, por el ejemplo, la de la falta de firma del Letrado en la demanda), ya ha puesto de manifiesto que se trata de un defecto perfectamente subsanable.

STC 79/2001 (Sala 2ª), 26 marzo 2001 (RTC 2001, 79).

Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.

Subsanabilidad en general.

«los órganos judiciales deben ponderar la entidad real de los defectos que advierten en los actos procesales de las partes en relación con el cierre del proceso y el acceso a la jurisdicción, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que deben acarrear, y procurar siempre que sea posible su subsanación, al objeto de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. En dicha ponderación deben atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal incumplido o irregularmente observado (SSTC 87/1986, de 27 de junio [RTC 1986, 87], F. 3; 117/1986, de 13 de octubre [RTC 1986, 117], F. 2; 33/1990, de 26 de febrero [RTC 1990, 33], F. 3; 331/1994, de 19 de diciembre [RTC 1994, 331], F. 2; 145/1998, de 30 de junio [RTC 1998, 145], F. 2; 35/1999, de 22 de marzo [RTC 1999, 35], F. 4; 108/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 108], F. 2; 193/2000, de 18 de julio [RTC 2000, 193], F. 3). Si el órgano judicial no hace posible la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cierre la vía del proceso e impida el acceso al mismo será incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que los presupuestos y requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, con la consecuencia de que si aquella finalidad puede ser lograda, sin detrimento de otros bienes o derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto (SSTC 92/1990, de 23 de mayo [RTC 1990, 92], F. 2; 213/1990, de 20 de diciembre [RTC 1990, 213], F. 2; 172/1995, de 21 de noviembre [RTC 1995, 172], F. 2. Y los defectos advertidos en los actos de postulación o representación procesal de las partes son de carácter subsanable (SSTC 163/1985, de 2 de diciembre [RTC 1985, 163], F. 3; 117/1986, de 13 de octubre, F. 2), por lo que debe conferirse a las partes la posibilidad de salvarlos antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto (en el mismo sentido, SSTC 123/1983, de 16 de diciembre [RTC 1983, 123]; 132/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 132]; 174/1988, de 3 de octubre [RTC

1988, 174]; 92/1990, de 23 de mayo; 213/1990, de 20 de diciembre; 133/1991, de 17 de junio [RTC 1991, 133]; 104/1997, de 2 de junio [RTC 1997, 104]; 67/1999, de 26 de abril [RTC 1999, 67], F. 5). Así pues, la exigencia de dar lugar a la subsanación del defecto advertido cuando, atendida la "ratio" de su exigencia procesal, éste pueda aún ser reparado sin menoscabo de la regularidad del procedimiento y sin daño de la posición de la parte adversa, y siempre que, en definitiva, no se aprecie una posición negligente o contumaz en el recurrente, no depende de la existencia de previsiones legislativas específicas en cada procedimiento, sino que deriva del contenido normativo del mismo art. 24.1 CE. En el presente caso, según resulta de las actuaciones judiciales, la entidad demandante de amparo y demandada en el proceso "a quo" confirió su representación para comparecer en el procedimiento que se seguía ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Valladolid, mediante poder otorgado por comparecencia ante el Secretario del Decanato de los Juzgados de Barcelona, al letrado don Ángel P. G., quien compareció en representación de la demandada en la fecha señalada para la celebración de los actos de conciliación y juicio. El Juzgado de lo Social de Valladolid, cuya decisión confirmó en suplicación la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, tuvo por no comparecida a la demandada, según consta en el Acta del acto de conciliación y en la Sentencia, al no admitir el poder concedido al mencionado letrado por no haber sido otorgado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 281.3 LOPJ, ante el Secretario del Juzgado que había de conocer del asunto».

SAP (Secc. 2ª) Lleida, 20 septiembre 2001 (AC 2001, 1833).

Ponente Ilmo. Sr. D. Albert Guillanyà i Foix.

Consecuencias de la falta de poder especial. Subsanabilidad.

«De una simple lectura del artículo 414.2, parece que es claro que la falta de poder especial ha de determinar el que se les tenga por no comparecidos, sanción esta que se antoja sin duda, sumamente grave. Es lo cierto, no obstante, que el citado precepto debe ser interpretado a la luz de la doctrina constitucional que existe en la materia y en concreto en relación al derecho a obtener una tutela judicial efectiva. Así cabe señalar que el Tribunal Constitucional tradicionalmente ha venido sosteniendo que el cumplimiento de los presupuestos procesales en materia de postulación está sustraído a la voluntad de las partes, que está regulado mediante normas de orden público cuyo incumplimiento o inobservancia pueden hacer valer las partes mediante las oportunas excepciones pero, además, ha de ser controlado de oficio por el Juez, pudiendo imponer a las partes la subsanación, y sin que sea admisible en esta materia la posibilidad de renuncia por las partes ya que la renuncia para ser eficaz ha de producirse sobre derechos propios, sin perjuicio de tercero y no puede ser contraria al orden público (art. 6-2 Código Civil) y así, la STS de 4 de enero de 1990 señala que "el principio dispositivo autoriza a las partes a renunciar en todo o en parte a los pedimentos efectuados, siempre que se trate de derechos que, por no afectar al orden público y ser de carácter privado, puedan ser objeto de abandono por sus titulares..."; esta indisponibilidad de las partes en cuanto a los presupuestos procesales se deducía en la antigua LEC del propio art. 693 cuyo apartado 4º disponía que se dictará auto de sobreseimiento ordenando el archivo del proceso cuando el defecto o la falta (a que se refiere el apartado 3º) fueran insubsanables o no se hubieran corregido en el plazo concedido. SEGUNDO.—En idéntica forma se pronuncia la nueva LEC en su artículo 418 cuando refiriéndose a los defectos de capacidad o representación señala que "cuando el demandado haya alegado en la contestación o el actor aduzca en la audiencia defectos de capacidad o representación (la falta de poder suficiente lo es), que sean subsanables o susceptibles de corrección, se podrá subsanar o corregir en el acto, y si no fuere posible en ese momento, se concederá para ello un plazo, no superior a diez días, con suspensión, entretanto de la audiencia. Es pues, fundamental, preguntarse si ese defecto o vicio insuficiencia del poder, es o no subsanable en la nueva LEC". Es éste un problema aún no resuelto en la jurisprudencia, sin duda por la novedad de la Ley, y que da lugar a que

se sostengan muy diversos criterios en los distintos órganos judiciales incluso dentro de la jurisdicción provincial de esta Audiencia. La Sala tras una interpretación sistemática y teleológica de la nueva LEC y a la luz de la muy elaborada doctrina constitucional anterior a la nueva LEC, estima que los defectos o requisitos como el que nos ocupa pueden ser subsanados, máxime si tenemos en cuenta que en el procedimiento de juicio ordinario la principal función de la audiencia previa es la de sanear el proceso, función que a su vez entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la CE y que se refleja también en el art. 11-3 de la LOPJ cuando impone a los Juzgados y Tribunales el deber de resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen y si sólo podrán desestimarlos por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes. En este sentido la STS de 17 de octubre de 1986 refiriéndose a la comparecencia en menor cuantía señala que "cuantas más cuestiones procesales, rituarías o de forma sean resueltas en la comparecencia, menos posibilidades existen de que al final del proceso deba el Juez dictar sentencia absolutoria en la instancia...", y todo o en base al principio de eficacia, a la necesidad de que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas, a la subsanabilidad de casi todos los presupuestos procesales, y "a la cada vez más perceptible búsqueda de lo que el TC llama justicia material para que sea posible, apoyándose en los mecanismos de la interpretación, hacer de la comparecencia el momento sanador por excelencia de cualquier defecto o vicio que afecte al proceso" (en sentido similar SSTS 25-2 [RJ 1992, 1552] y 28-5-1992 [RJ 1992, 4827]) y más en concreto, respecto a la subsanación del defecto de personalidad en el Procurador la STS de 20-2-1990 (RJ 1990, 704) afirma que no cabe admitir el carácter de insubsanable del defecto procesal de ilegalidad o insuficiencia del poder y en análogos términos el TC en Sentencia 213/1990, de 20 de diciembre (RTC 1990, 213) señala que la inobservancia del presupuesto de la representación procesal genera un vicio procesal subsanable con respecto al cual hay que conceder a la parte afectada su posibilidad de subsanación, doctrina esta que también se recoge en SSTC 87/1986, de 27 de junio (RTC 1986, 87); 49/1987, de 23 de abril (RTC 1987, 49); 174/1988, de 3 de octubre (RTC 1988, 174); 15/1990, de 1 de febrero (RTC 1990, 15) y 115/1990, de 21 de junio (RTC 1990, 115), entre otras. A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta, acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, sólo en el caso de que el defecto sea insubsanable podrá entenderse que la persistencia del vicio o defecto representa un obstáculo que obliga a tener por no comparecida a la parte, pero si el defecto es susceptible de subsanación —como aquí ocurre— habrá que estimar como solución prioritaria la de reponer los autos al momento procesal en que debió producirse la subsanación y no se hizo, y todo ello en relación con los arts. 11-3 y 240-2 de la LOPJ y con el criterio sustentado para tales casos por el TS en el antiguo juicio de menor cuantía (entre otras, SSTS 14 de mayo y 3 de noviembre de 1992 [RJ 1992, 4124] y 18 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2027]). En consecuencia, procede anular la resolución recurrida, acordándose la suspensión del acto de la audiencia previa en ese momento y otorgándose plazo de 10 días a la parte actora conforme al artículo 418 de la LEC para que subsane el defecto procesal ya aludido, para posteriormente proceder a continuación de la audiencia previa».

La falta de comparecencia de ambas partes (incluido abogado y procurador), o sin cumplir los requisitos y no habiéndolos subsanado; o incluso la mera incomparecencia del demandante, sin que el demandado manifieste tener interés legítimo en la continuación del proceso¹³⁷, provocarán que se dicte auto de sobreseimiento y archivo de actuaciones, previo levantamiento del acta en la que conste la

137. No basta, sin embargo, con la alegación de este interés legítimo. Opina TAPIA FERNÁNDEZ, I., «De la audiencia previa al juicio» (coord. con CORDÓN, ARMENTA y MUERZA), cit., pág. 1393, en relación con lo previsto en el art. 20.3 LEC, que en este caso el juez deberá resolver lo que estime oportuno.

falta de comparecencia y demás circunstancias concurrentes (artículo 414.3 y 4 LEC)¹³⁸. En palabras de GÓMEZ DE LIAÑO¹³⁹, «se acaba así el juego del escondite de los demandados detrás de las columnas de los pasillos de los Juzgados para espiar si el demandante asistía, y asistir entonces, o no asistía, continuando escondidos para provocar el sobreseimiento». Ahora bien, como estima la doctrina¹⁴⁰, las consecuencias quizá sean excesivamente extremas, pues quizá hubiera bastado con la preclusión del acto y su paso a la fase siguiente.

Sin embargo, la comparecencia del demandante, por sí o por representante con poder especial, y su Abogado, se revela tan decisiva en esta fase que la incomparecencia del mismo se asimila a un desistimiento tácito¹⁴¹. Esto significa:

1º Que se dictará auto por el que se sobreseerá el proceso.

2º Que su único objeto será la incomparecencia de ambas partes o de la parte actora, sin que el demandado manifieste su interés legítimo en continuar, de modo que habrá quedado imprejuzgada la cuestión de fondo. El demandante habrá abandonado el proceso, pero no el derecho, por lo que en un futuro podría reiterar su pretensión (lo que sirve de argumento esencial para que el demandado pueda alegar causa justificada en la continuación del proceso aun sin la presencia del demandante).

3º El artículo 414 LEC omite pronunciarse sobre las costas de tal auto. Parece claro que no habrá pronunciamiento en costas cuando se produzca por inasistencia, incluida la irregular asistencia no subsanada, por ambas partes. Sin embargo, en el supuesto de que se produzca por la asistencia solamente del demandado sin manifestar interés legítimo en la continuación, algún autor opina que habría de dictarse con condena en costas al demandante¹⁴². A esta última opinión cabe objetar que si la incomparecencia del demandante supone en efecto un desistimiento tácito, y poniéndose fin al proceso porque el demandado no alega justa causa para su terminación, nos hallaríamos ante el supuesto del artículo 396.2 LEC, por el que «si el desistimiento que pusiere fin al proceso fuere consentido por el demandado o demandados, no se condenará en costas a ninguno de los litigantes».

138. Sobre las consecuencias de la incomparecencia de las partes, véase HOYA COROMINA, J., «Audiencia previa», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 281 al 555* (coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., págs. 1871-5.

139. GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)* (con otros), cit., pág. 447.

140. FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones técnico-prácticas*, cit., págs. 61-2. ARAGONES MARTÍNEZ, S., *Los procesos declarativos ordinarios (procesos ordinarios y sus especialidades)*, cit., pág. 77; TAPIA FERNÁNDEZ, I., «De la audiencia previa al juicio» (coord. con CORDÓN, ARMENTA y MUERZA), cit., pág. 1392.

141. DAMIÁN MORENO, J., «De la audiencia previa al juicio» (dir. LORCA), cit., pág. 2114.

142. Por ejemplo, GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)* (con otros), cit., pág. 448. En similar sentido HOYA COROMINA, J., «Audiencia previa» (coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), cit., págs. 1874-5, entiende que debería existir norma especial y expresa sobre la imposición de costas en este trámite que determinara que en el caso de incomparecencia del actor se impusieran las costas causadas a aquél sin necesidad de que el demandado deba impugnar el desistimiento y solicitar la continuación del juicio, evitando procedimientos con el único objeto de conseguir el pronunciamiento en costas.

Incluso cabría la posibilidad de que por incomparecencia del actor y alegada justa causa por el demandado para su continuación, al final se condene en costas al demandado, por estimación de la pretensión del actor, pues el artículo 396 LEC contempla el supuesto en que la sentencia o resolución que pone fin al proceso es desestimatoria de la pretensión, no a la que, a pesar del desistimiento del actor se le da la razón¹⁴³. Esta estimación será difícil que se dé en la práctica, sin embargo es hipotéticamente posible cuando se trate de una cuestión jurídica de los hechos admitidos por las partes.

No obstante lo anterior, son tan graves las consecuencias de la incomparecencia de partes o Procurador con poder especial y de su Abogado (de todos o de alguno de ellos) que éstas habrían de ser matizadas. Además de lo visto en cuanto al carácter subsanable del poder, respecto a la posible manifestación de imposibilidad del Letrado en comparecer, si se considerase atendible y acreditada la situación que se alegue, el Tribunal hará nuevo señalamiento de vista (artículo 183.2 LEC).

D) OBJETO DE LA AUDIENCIA

Se celebrará, en cambio, si, cumplidos los requisitos subjetivos para la comparecencia y entre ellos los de postulación, comparecen ambas partes, o alguna de ellas siempre que se trate del demandante, o del demandado que manifieste un interés legítimo en la continuación del proceso y su finalización por sentencia de fondo. En estos dos últimos casos, el objeto de la audiencia previa se reduce, al menos, respecto a todo aquello que pueda suponer soluciones autocompositivas, así como obvia debates sobre aspectos procesales así como fijación de hechos controvertidos. En definitiva, la comparecencia se celebrará respecto de lo que resulte procedente (artículo 414.3 párrafo segundo LEC).

Comparecidas ambas partes, la audiencia tendrá su contenido pleno. Como indica, a grandes rasgos, el epígrafe XII de la exposición de motivos de la LEC, «en la audiencia previa, se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes». Más en concreto, su contenido consiste en¹⁴⁴:

1º Intento de solución autocompositiva del litigio como desestimiento, conciliación intraprocesal o transacción (artículo 415 LEC).

143. HOYA COROMINA, J., «Audiencia previa» (COORD. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ Y VALLS), cit., pág. 1874.

144. Véase JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal Civil* (CON ORTELLS, MASCARELL, CÁMARA, BONET, BELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), cit., págs. 647-50.

2º Debate y resolución sobre aspectos procesales, con excepción de las relativas a jurisdicción y competencia, sin perjuicio de su posible apreciación de oficio, a las que se refiere el artículo 416 LEC, por el orden previsto en el 417 que hayan sido puestos de manifiesto de oficio o a instancia de parte (artículo 418), incluidas igualmente las alegaciones formuladas sobre acumulación de acciones (artículos 402 y 419 LEC)¹⁴⁵.

3º Fijación definitiva de los hechos controvertidos mediante alegaciones y pretensiones complementarias y aclaratorias, introducción de hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y contestación y presentación de documentos sobre los mismos, siempre sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni fundamentos de las mismas (artículo 426 LEC); manifestando si admite o impugna y, en su caso, propone prueba sobre la autenticidad de los documentos presentados hasta ese momento, así como expresando lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales e informes (artículo 427.1 y 2 LEC); y, por último, las partes y sus defensores, con el Tribunal, fijarán los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad (artículo 428.1 LEC). A la vista del objeto de la controversia, el Tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes para que lleguen a un acuerdo autocompositivo del litigio. En caso contrario, y si no resultan hechos controvertidos, reducida por tanto a una cuestión estrictamente jurídica, procederá dictar sentencia en el plazo de veinte días desde el día siguiente a la terminación de la audiencia (artículo 428.3 LEC). Si hubiere hechos controvertidos, se abrirá la fase de proposición y admisión de prueba. Salvo que la única prueba admitida sea la documental y ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sea pericial y no se solicitare su presencia (artículo 429.8 LEC).

4º Proposición y admisión de la prueba en los términos del artículo 429 LEC, del que cabe destacar, entre otras cosas, que cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, pudiendo señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. A partir de aquí, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba (artículo 429.1).

5º Finalización y señalamiento de la fecha del juicio. La audiencia previa terminará con el señalamiento de la fecha del juicio, que deberá celebrarse en el plazo de un mes, salvo se celebre en dos meses si toda o gran parte de la prueba hubiera de realizarse fuera de la sede del órgano que conoce. Asimismo, cuando se previera que el juicio no podrá finalizar en una sola sesión dentro del día señalado, la citación lo expresará así y señalará el día o días en que se llevarán a cabo las sesiones ulteriores (artículo 429.7 LEC).

145. Sobre las cuestiones procesales más en particular, véase JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal Civil* (CON ORTELLS, MASCARELL, CÁMARA, BONET, BELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), cit., pág. 647.

E) APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN GENERAL Y, EN PARTICULAR, EN RELACIÓN CON LA DOCUMENTACIÓN DEL ACTO

A la audiencia previa le son aplicables todas las reglas generales de las actuaciones orales. Entre ellas, la celebración en la sede del órgano jurisdiccional que está conociendo (artículo 129 LEC), presencia judicial del Juez o Magistrados que estén conociendo (artículo 137 LEC), publicidad (artículo 138), y presencia del Secretario Judicial como fedatario público (artículo 145).

Nada se prevé expresamente en la regulación de la audiencia previa sobre la documentación del acto, con la única excepción del artículo 414.3 LEC para el caso de incomparecencia de ninguna de las partes, para lo que se levantará acta, haciéndolo constar. En realidad, no es necesario pues para eso contamos con los artículos 146, 147 y 187 LEC por los que las actuaciones procesales orales en vistas y, como es el caso, en comparecencias, se documentarán mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y del sonido (artículos 147 y 187), así como por acta, que se limitará a consignar, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no constaran en soporte apto para la grabación y reproducción (artículo 146.2 LEC).

Es claro que la documentación mediante el registro en soporte apto para la grabación y reproducción supone una mayor calidad en el sistema de documentación, y permite una mejor valoración judicial así como, para las partes, un mejor ejercicio del derecho de defensa.

Comparecencia en el juicio

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 432. Comparecencia e Incomparecencia de las partes.

1. Sin perjuicio de la intervención personal en el interrogatorio que se hubiera admitido, las partes comparecerán en el juicio representadas por Procurador y asistidas de Abogado.

2. Si no compareciere en el juicio ninguna de las partes, se levantará acta haciéndolo constar y el tribunal, sin más trámites, declarará el pleito visto para sentencia. Si sólo compareciere alguna de las partes, se procederá a la celebración del juicio.

A) GENERALIDADES SOBRE LA FASE DE JUICIO

Como hemos visto *supra*, la audiencia previa finaliza con el señalamiento de la fecha del juicio con, en su caso, citación a las partes no personadas. El juicio se convierte así en la última de las fases en las que se estructura el juicio ordinario antes de la sentencia. Evidentemente, será así siempre que la audiencia no haya finalizado con una solución autocompositiva del proceso, de modo que se hubiera puesto fin al mismo; o que, tras la fase de fijación fáctica, no resultaren hechos controvertidos, traduciéndose el debate a una cuestión meramente jurídica.

Salvo tales supuestos, el juicio deberá celebrarse en el plazo de un mes, salvo que lo sea en dos meses si toda o gran parte de la prueba hubiera de realizarse fuera de la sede del órgano que conoce. Asimismo, cuando se previera que el juicio no podrá finalizar en una sola sesión dentro del día señalado, la citación lo expresará así y señalará el día o días en que se llevarán a cabo las sesiones ulteriores (artículo 429.7 LEC).

El juicio representa un hito para muchas actuaciones relevantes en el proceso. Así, por ejemplo, conforme previene el artículo 343.2 LEC, «las tachas no podrán formularse después del juicio»; o según el artículo 77.4 LEC «para que sea admisible la acumulación de procesos será preciso que éstos se encuentren en primera instancia, y que en ninguno de ellos haya finalizado el juicio a que se refiere el artículo 433 de esta Ley».

El objeto del juicio tiene, como la audiencia previa, una importancia trascendental. El artículo 431 LEC se refiere a «la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos. Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas»¹⁴⁶.

B) COMPARECENCIA DE LAS PARTES EN EL JUICIO

Teniendo conocimiento de la fecha del juicio las partes comparecidas a la audiencia previa por el señalamiento al final de la misma o, en su caso, citadas la parte o partes no comparecidas, se celebrará el juicio.

Dado el contenido fundamental del juicio¹⁴⁷ y congruente con las normas generales (artículos 23 y 31 LEC), el artículo 432.1 LEC expresamente señala que, «sin perjuicio de la intervención personal en el interrogatorio que se hubiera admitido, las partes comparecerán en el juicio representadas por Procurador y asistidas de Abogado». Esta redacción resulta en cierto modo equívoca puesto que da la impresión de que, además de los correspondientes abogados, es necesaria la comparecencia de las partes y de su Procurador. En realidad, la comparecencia se cumple con la presencia meramente del procurador. Igualmente, la asistencia personal de la parte no le exime de comparecer representada por el Procurador¹⁴⁸.

Si sólo comparece alguna de las partes, se procederá a la celebración del juicio (artículo 432.2 LEC). En tal caso, sólo se practicarán las pruebas en su momento propuestas por la parte o partes presentes¹⁴⁹. La incomparecencia de ambas partes (de sus Procuradores) y de sus Letrados, supondrá que se levante acta y concluya el juicio, declarándose visto para sentencia. Esta solución procede no sólo cuando se produce estrictamente incomparecencia sino en todo caso que no se cumplen los requisitos de postulación, sin perjuicio de posibles nuevos señalamientos (artículos 183 y 184 LEC) o suspensiones de la vista (artículo 188 LEC)¹⁵⁰.

146. Sobre el desarrollo de la vista oral del juicio, véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Juicio ordinario: vista oral (arts. 431-433)», en *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, 3 (con TORRES, DURO y CASERO), Barcelona, 2001, págs. 492-6. También puede verse LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. y REVERÓN PALENZUELA, B., «Juicio ordinario y sentencia», en *Proceso civil práctico*, V (dir. GIMENO), Madrid, 2001, págs. IV-1-16.

147. Afirma GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)* (con otros), cit., pág. 447 que la asistencia letrada resulta lógica toda vez que en el acto del juicio va a producirse el completo debate sobre el fondo.

148. Opinión en contra, GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)* (con otros), cit., pág. 474.

149. En ese sentido, GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)* (con otros), cit., págs. 444-5.

150. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Comparecencia e incomparecencia de las partes», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I. Arts. 1 a 516* (coord. con CORDÓN, ARMENTA y MUERZA), Elcano, 2001, págs. 1469-70.

No obstante, la comparecencia de las partes obviamente deberá ser personal cuando se haya admitido su interrogatorio (artículos 301 a 316 LEC)¹⁵¹. En la LEC se previene una serie de consecuencias negativas en caso de inasistencia. Concretamente, que el Tribunal pueda «considerar reconocidos como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente ley» (artículo 304.1 LEC). La citada multa se impondrá por la infracción del deber de comparecencia el día señalado, previa audiencia por cinco días, con multa de ciento ochenta a seiscientos euros (artículo 292.1 LEC). Sin embargo, a diferencia de testigos y peritos, a las partes no se les requerirá de nuevo mediante providencia para comparecencia cuando se le cite de nuevo, bajo apercibimiento de proceder desobediencia a la autoridad (artículo 292.2 LEC). Basta con la sanción de tenerles por reconocidos como ciertos los hechos.

151. Sobre el interrogatorio de las partes, véase MARTÍN PASTOR, J., *Derecho Procesal Civil* (con ORTELLS, MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO y CUCARELLA), Elcano, 2001, págs. 403-11.

Intervención en proceso monitorio

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 814. Petición inicial del procedimiento monitorio.

1. El procedimiento monitorio comenzará por petición del acreedor en la que se expresarán la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, acompañándose el documento o documentos a que se refiere el artículo 812.

La petición podrá extenderse en impreso o formulario que facilite la expresión de los extremos a que se refiere el apartado anterior.

2. Para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será preciso valerse de Procurador y Abogado.

Artículo 818. Oposición del deudor.

1. Si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda, teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada.

El escrito de oposición deberá ir firmado por Abogado y Procurador cuando su intervención fuere necesaria por razón de la cuantía, según las reglas generales.

Si la oposición del deudor se fundara en la existencia de pluspetición, se actuará respecto de la cantidad reconocida como debida conforme a lo que dispone el apartado segundo del artículo 21 de la presente Ley.

2. Cuando la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal, el tribunal procederá de inmediato a convocar la vista. Cuando el importe de la reclamación exceda de dicha cantidad, si el peticionario no interpusiera la demanda correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas al acreedor.

Si presentare la demanda, se dará traslado de ella al demandado conforme a lo previsto en los artículos 404 y siguientes de la presente Ley.

Artículo 539. Representación y defensa. Costas y gastos de la ejecución.

1. El ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por Letrado y representados por Procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales. Para la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de Abogado y Procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 150.000 pesetas.

2. En las actuaciones del proceso de ejecución para las que esta Ley prevea expresamente pronunciamiento sobre costas, las partes deberán satisfacer los gastos y costas que les correspondan conforme a lo previsto en el artículo 241 de esta Ley, sin perjuicio de los reembolsos que procedan tras la decisión del tribunal sobre las costas.

Las costas del proceso de ejecución no comprendidas en el párrafo anterior serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición, pero, hasta su liquidación, el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo, salvo los que correspondan a actuaciones que se realicen a instancia del ejecutado o de otros sujetos, que deberán ser pagados por quien haya solicitado la actuación de que se trate.

La imperativa necesidad de asistencia de Abogado y representación no ofrece duda alguna en la vigente LEC¹⁵². El legislador ha sido meridianamente claro sobre este tema cuando dispone que «para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será preciso valerse de Procurador y Abogado» (artículo 814.2 LEC que reitera lo previsto en los artículos 23.2.1º y 31.2.1º de la misma).

En cualquier caso, la rotundidad de la exclusión general de la necesaria concurrencia de los servicios de Abogado y Procurador, ha sido uno de los aspectos propios del proceso monitorio que más críticas ha recibido, particularmente por parte de algunos Colegios de Abogados.

Quede claro que puedo compartir alguna de tales críticas pero, al margen de las siempre respetables reivindicaciones económicas que puedan mantener los colectivos interesados, la valoración positiva o negativa de esta no exigencia habrá de depender más de si la asistencia técnica de Abogado y la representación por Procurador resulta ser necesaria en función de la complejidad del asunto, de la importancia cuantitativa o cualitativa del objeto del proceso o incluso de si su necesaria concurrencia pudiera llegar a ser un inconveniente para la articulación del proceso, de modo que se convierta en un obstáculo más o menos insalvable para el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE.

Para reclamaciones de cantidades poco cuantiosas o, en general, para objetos cuyo valor pueda ser considerado como reducido, ha sido tradicional en nuestras Leyes procesales la facultativa asistencia por Abogado y la representación mediante Procurador. En tales casos, no solamente ha sido indiscutida, sino que se ha entendido que tal inexigencia favorecía el ejercicio del derecho de acción, por cuanto elimina gastos que generalmente resultaban desproporcionados en relación con la cuantía de la reclamación¹⁵³. Por el contrario, para importes o valores cuantiosos viene considerándose que presuponía en cierto modo la necesidad de asistencia jurídica del Abogado. Esta lógica se hallaba en la base de la posición doctrinal y jurisprudencial por la que se entendía que cabía incluir en las costas las partidas correspondientes a Abogado y Procurador en los juicios verbales consecuencia de

152. Sobre la regulación en la LEC de esta materia, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «La representación procesal y la defensa técnica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *Tribunales de Justicia*, enero 2001, págs. 9-27.

153. Así, por ejemplo, dada la necesidad de abogado y procurador en los términos del art. 23 LJCA, se hace muy poco conveniente impugnar jurisdiccionalmente una multa de tráfico por estacionamiento indebido en lugar prohibido. De hecho, las partes que impugnan sanciones de este tipo en la vía jurisdiccional son casi siempre los mismos letrados que defienden sus propios asuntos.

la circulación de vehículos a motor por importes superiores a 80.000 pesetas (480,01 €)¹⁵⁴.

SAP (Secc. 6ª) Valencia, 1 julio 2000, núm. 737.

Ponente: D. José Bonet Navarro.

Postulación en juicio verbal por circulación del tráfico vial con importes superiores a 80.000 pesetas.

«Es cierto, como se pone de manifiesto en la sentencia "a quo", que se ha dado una diversidad de posturas en la jurisprudencia sobre la posibilidad de incluir las partidas de abogado y procurador en ciertos juicios en los que no es preceptiva su asistencia y representación, es el caso, entre otros, del juicio de faltas en el proceso penal y del juicio verbal del automóvil en el proceso civil. A tal efecto, no puede darse una respuesta unívoca puesto que ésta dependerá, en primer lugar, del profesional que se trate, así como también de otros factores como la cuantía del procedimiento, la complejidad del mismo, y hasta incluso consecuencia del principio de igualdad, cuando se dé la circunstancia de que la contraparte haya podido valerse del correspondiente profesional. En efecto, la preceptividad de la asistencia de abogado y la representación de procurador determina la necesidad de la actuación de tales profesionales; pero esto no excluye que esta necesidad quede excluida en los supuestos en que no sea preceptiva, pues la complejidad y la igualdad de las partes pueden hacerla necesaria. Hemos de recordar en este sentido las palabras del Auto del Tribunal Constitucional 24/1993, de 25 de enero, cuando reconoce que "resulta indiferente que la Ley no imponga de manera preceptiva la intervención de Abogado o Procurador..., pues es un dato real e innegable que en ocasiones estos procesos simplificados sirven para decidir conflictos de gran complejidad, por lo que la solución adoptada por la Sentencia impugnada no sólo no es arbitraria, sino que, además, resulta adecuada para garantizar el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y sin indefensión que ordena el art. 24.1 CE". Pero es más, aunque pueda concluirse, como se hace en la sentencia "a quo", que una interpretación correcta del art. 11 de la LEC conduce a la discutible consecuencia de que en la tasación única y exclusivamente pueden incluirse las partidas correspondientes al procurador con base en el citado art. 11, esto no significaría tampoco la exclusión necesaria de la partida correspondiente al abogado en la tasación. En el caso de autos, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, ha de entenderse que procede la inclusión de las partidas correspondientes al abogado en la tasación de costas en cuanto el asunto ha superado con creces el importe de 80.000 pesetas, de modo que la asistencia técnica de abogado resultaría preceptiva al no venir dispensada por el art. 10.2 LEC, referido sólo a los supuestos de juicio verbal cuya cuantía no exceda de 80.000 pesetas».

Sin embargo, al margen de su conveniencia, considero que la elevada cuantía no es *per se* tan determinante de necesidad de asistencia técnico-jurídica como pueden serlo otros factores. A mi juicio, más trascendental resulta ser la complejidad y las consecuencias o efectos del proceso monitorio, de modo que el problema se reduce a comprobar si tales aspectos permitirían justificar la necesidad de la postulación.

154. Sobre la posible imposición de costas a pesar de no ser preceptiva la actuación de abogado y procurador en el proceso penal, véase CALDERÓN CUADRADO, M. P. y BELLIDO PENADÉS, R., *Juicio de faltas, postulación procesal y asistencia jurídica gratuitas*, Valencia, 1998.

Como pone de manifiesto en su exposición de motivos, la LEC pretende poner un mecanismo «rápido y eficaz» en manos «de los justiciables y, en especial, de los profesionales y empresarios medianos y pequeños», pudiéndose emplear para su solicitud impresos o formularios sin necesidad de Abogado y Procurador¹⁵⁵. Para ello utiliza una técnica que ha sido considerada como sencilla. LORCA NAVARRETE¹⁵⁶ lo califica como de «procedimiento simple y sencillo... que no precisa de una actividad procesal compleja», afirmando, más concretamente, que «la petición del acreedor de la deuda monitoria no es técnicamente compleja» «la técnica monitoria es, sin duda, simple y sumamente accesible». En el mismo sentido, CORREA DELCASSO¹⁵⁷ señala que «para rellenar una petición tan simple como la que introduce el proceso monitorio no se requiere en ningún momento de asistencia técnica».

Solamente podemos encontrar ciertas dificultades en algunos aspectos del proceso monitorio. Así, por ejemplo, resultan en cierto punto problemáticas consideraciones sobre la capacidad de actuación procesal del acreedor solicitante de proceso monitorio o, más correctamente, demandante del mismo¹⁵⁸, así como, sobre todo, su integración; o también en ciertos casos la valoración de la suficiencia documental necesaria para su inicio. En estos supuestos, como en otros similares, se hace necesaria la aplicación de cierta técnica jurídica. Ello sin perjuicio de que la «petición de requerimiento de pago» pueda «extenderse en impreso o formulario que facilite la expresión de los extremos» exigidos (artículo 814,1 *in fine* LEC).

Sin embargo, ni siquiera para los supuestos más complejos parece fácil justificar la necesidad de asistencia letrada. Se trata más bien de casos excepcionales y muchas veces hasta de posible solución por legos en derecho. Incluso si en el peor de los casos, por algún defecto en la petición o en los documentos, se inadmitiera la «petición inicial de procedimiento monitorio», las consecuencias para el acreedor serían leves. En realidad, no pasarían de suponer más que una cierta pérdida de tiempo, pues con la inadmisión, el acreedor solicitante, primero, podrá conocer

155. El epígrafe XIX, párrafos sexto y siguientes, de la Exposición de Motivos de la vigente LEC mantiene que «la Ley confía en que... tenga protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de profesionales y empresarios medianos y pequeños... se inicia mediante solicitud, para la que pueden emplearse impresos o formularios, dirigida al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del deudor, sin necesidad de intervención de procurador y abogado».
156. LORCA NAVARRETE, A. M., *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, Madrid, 2000, págs. 67 y 163.
157. CORREA DELCASSO, J. P., «El "juicio cambiario" en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: análisis comparativo con el derecho alemán, naturaleza jurídica y consideraciones en torno a su futura incidencia práctica en el derecho español», en *La Ley*, 15 de marzo de 1999.
158. Algún autor, en Internet, pretendiendo argumentar que la naturaleza del proceso monitorio es más bien de mero acto de jurisdicción voluntaria, ha indicado que se trata de un error denominar a las partes del proceso cambiario como demandante y demandado, máxime cuando la LEC no habla de demanda sino de solicitud. Sin embargo, a mi juicio no se trata de error alguno tal denominación. El proceso monitorio no es ningún acto de jurisdicción voluntaria, sino un verdadero proceso, que, como tal, se inicia por demanda. Hasta incluso afirmaría que el demandante de proceso monitorio no solamente formula una demanda sino dos: la del proceso monitorio y, para el caso que no pague ni se oponga, la del proceso de ejecución que ha de despacharse a continuación. Por tanto, no sólo nos encontramos con un genuino demandante y demandado, sino que lo son «al cuadrado».

los defectos en que ha incurrido, y después, tendrá la posibilidad de subsanarlos en otra petición subsiguiente ya que la inadmisión carece de efecto de cosa juzgada. Por el contrario, tras la admisión, al acreedor no le queda sino esperar: a) Que el deudor pague, para lo cual no habrá necesitado Letrado; b) Que el deudor se oponga, con la apertura del proceso ordinario y la necesidad, en su caso y conforme a las reglas generales de los artículos 23 y 31 LEC, de postulación; c) Que el deudor no pague ni se oponga, con lo que procederá la ejecución, para la que sí será preceptivo el Letrado de nuevo según las reglas generales (artículo 539.1 párrafo segundo LEC en relación con los citados artículos 23 y 31).

Con todo, comparto la opción del legislador cuando de forma tajante y contundente regula la postulación para el proceso monitorio como facultativa. Se adecua mejor a su esencia de mera reclamación de deuda líquida, vencida y exigible, pues para reclamar y cobrar, aunque sea a través de un escrito en el Juzgado, ningún acreedor ha necesitado asistencia jurídica. Otra cosa es el litigio o la ejecución del deudor, para lo que puede entenderse necesaria la asistencia técnica y por tanto, justificar la asistencia preceptiva de Abogado y Procurador. Y en ese sentido, la jurisprudencia parece que empieza a pronunciarse en ese sentido, considerando «inadmisible» la petición de costas en tales procedimientos.

La jurisprudencia mayoritaria considera inadmisibile la petición de costas en el proceso monitorio. Sin embargo, considera que procede la condena en costas cuando el acreedor no formula demanda de juicio ordinario tras la oposición del deudor.

AAP (Secc. 2ª) Navarra 21 mayo 2001 (AC 2001, 1859).

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Cobo Sáenz.

Costas. Inadmisible petición de costas en el proceso monitorio.

«resulta inadmisibile la petición de costas, pues como se dispone en el núm. 2 del art. 814, para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio, no será preciso valerse de Procurador y Abogado».

AAP (Secc. 2ª) Castellón, 15 de junio de 2002 (AC 2002, 1617).

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

Inadmisible petición de tasación de costas en el proceso monitorio.

«Conforme al art. 23.2.1º y art. 31.2.1º en la petición inicial de los procedimientos monitorios no es preciso intervención de Procurador ni de Abogado. Como quiera entonces que la única intervención en este caso de los profesionales de Transolver Finance, SA se limita a tal petición, puesto que los deudores atendieron al pago contenido en el requerimiento judicial, no se devengan costas de una intervención a través de profesionales jurídicos que no es preceptiva sino voluntaria.

Desde lo anterior, se interesa por la apelante la aplicación del art. 32.5 de la LEC, sin embargo resulta inviable. En primer lugar porque para una petición de procedimiento monitorio, que podrá extenderse en impreso o formulario facilitado por los Juzgados no se hace preciso la intervención a través de un profesional de la plaza del lugar donde se tenga que presentar tal formulario, por cuanto que se vienen admitiendo peticiones a través del correo. Cosa distinta sería si el proceso monitorio progresara a un procedi-

miento declarativo en virtud de la oposición del deudor (art. 818 de la LEC). Por lo tanto el hecho de que se vengan admitiendo la petición de procesos monitorios a través del correo hace innecesario el manejarse a través de profesionales de la plaza.

Al margen de lo anterior el hecho de que la entidad Transolver Finance, SA tenga su domicilio social en Madrid C/ Costa Brava según indica el poder, no significa que tal entidad no tenga sucursales o delegaciones en la provincia de Castellón, para que a través de comunes representantes de los que se vienen utilizando para el tráfico mercantil de la entidad, o a través de factores mercantiles, puedan presentar, en tal representación, la petición del proceso monitorio.

Si nos atenemos a la jurisprudencia que glosaba el art. 11.2 de la LEC/1881, ya que así lo propone el recurrente en su alegación 2ª, no cabe ignorar entonces la doctrina establecida para el caso de que las mercantiles litigantes tuvieran sucursales en la ciudad del lugar del juicio, aunque su domicilio social lo tuviere en otra localidad, en cuyo caso no entra la excepción del art. 11.2 de aquella LEC que permitía la inclusión de los derechos del Procurador o de los honorarios del Letrado. En este sentido la Sentencia de la AP de Castellón de esta misma Secc. 2ª de 27 de octubre de 1997, la de la Secc. 1ª de 12 de abril de 1999 y 13 de abril de 2000, o las SSAP de Sevilla de 18 de septiembre de 1993 (AC 1993, 1732), de Zaragoza de 13 de diciembre de 1993, de Palencia de 25 de mayo de 1995, de Segovia de 31 de diciembre de 1996 (AC 1996, 2422), de Alicante Secc. 7ª de 9 de enero de 2001, etcétera.

En el presente caso es de ver que los recibos impagados acompañados con la petición de procedimiento monitorio (doc. 3 a doc. núm. 7), se indica la existencia de una "sucursal gestora" de Castellón, con lo que en ningún caso cabría la aplicación para la recurrente del art. 32.5 de la LEC.

TERCERO.—En otro orden de cosas, es de ver que el art. 817 de la LEC establece que en caso de pago del deudor, se le hará entrega de justificante y se archivarán las actuaciones. En tal precepto, ni tampoco en los anteriores, se alude a devengo de costas que pudieren imponerse al deudor que atiende el pago, sin duda como estímulo para que tal actitud, de extinción de la deuda, se produzca, porque de otra manera, sabiendo el deudor que ya las costas le habrían de seguir por el simple hecho de haberse presentado una petición de procedimiento monitorio, significaría un contraestímulo para resolver el conflicto "pacíficamente" mediante el pago.

Lo cierto es que no existe en la ley tal cargo en costas y que el legislador cuando así ha querido manifestarlo, aun para un procedimiento monitorio, como es el caso del art. 21 de la LPH, específicamente lo ha incluido no sólo para las costas derivadas de la utilización de servicios profesionales de Abogados y de Procurador (núm. 6 del art. 21), sino incluso para los gastos de requerimiento previo de pago (núm. 3 del mismo precepto).

Advierta el recurrente que la invocación de la redacción literal del núm. 7 del citado art. 21 es errónea, por cuanto el art. 21 enteramente sufrió una nueva redacción en virtud de la disposición final 1ª.2 de la nueva LEC/2000.

En definitiva, es precisamente la específica previsión del legislador a través de la misma LECiv nueva, dando un tratamiento distinto al monitorio especial del art. 21 de la LPH en relación al monitorio, digamos, "general", lo que permite entender por tal singularidad que para el monitorio genérico no se establece una imposición de gastos y costas derivadas de la sola petición de proceso (que no es necesario iniciarlo con una demanda, como se hizo innecesariamente en el presente caso), pues de lo contrario el legislador hubiere hecho la misma regulación entre ambos monitorios. No puede entonces el intérprete equiparar dos regímenes que el legislador ha querido diferenciar, precisamente hablando de un paralelismo que en este particular —en este extremo— no se ha querido dar.

Diremos también que una tasación de costas implicará siempre una condena anterior que constituya título que dé cobertura a tal exacción, y el art. 817 para el caso del pago del deudor únicamente ordena la entrega de justificante y el archivo del proceso, como aquí hizo el Juzgado. Si para el procedimiento monitorio genérico "ex" arts. 812 y ss. de la LEC, el legislador hubiera incluido una imposición de costas como establecía el párrafo 2º del núm. 7 del art. 21 de la LPH en su antigua redacción, en ese caso con

la resolución de archivo se impondría la condena en costas y ello serviría posteriormente para el trámite de su posterior tasación.

Y finalmente, no es aceptado que por la no imposición de costas se esté premiando el impago del deudor obteniendo un pago aplazado sin intereses, por cuanto que los intereses pueden ser liquidados e incluirlos la parte en la petición o reclamación inicial siempre que aparezcan liquidados ya que derivan del mismo título y se piden del mismo deudor (se tratará de los intereses vencidos hasta la fecha de la petición del monitorio, naturalmente). En todo caso ha de tenerse en cuenta que el procedimiento monitorio constituye un procedimiento de solución rápida de impagos, que si se gravan con imposición de costas posiblemente no obtuvieren el efecto pretendido. Si con lo anterior se tiene en cuenta que este procedimiento tiene una naturaleza opcional para el acreedor de acuerdo con el art. 812 de la LEC, las razones del recurrente carecen de consistencia. Diríjase el acreedor a un procedimiento distinto, evitando lo que tal parte considera premios al deudor».

AAP (Secc. 14ª) Barcelona, 10 de junio de 2002 (JUR 2002, 210588).

Ponente: Ilma. Sra. Dª María Eugenia Alegret Burgues.

Inadmisibles tasación de costas en proceso monitorio.

«SEGUNDO.—Se plantea ante la Sala la cuestión relativa a la eventual condena en costas que según el apelante debería merecer el deudor que satisface deuda cumplimentando el requerimiento que se le formula.

Dice el art. 817 de la LEC que si el deudor atiende el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, se hará entrega de justificante de pago y se archivarán las actuaciones. Nada dice la Ley de que en ese caso deban imponerse al deudor las costas procesales. Y ello a diferencia del procedimiento cambiario, donde se dice expresamente que aunque el deudor pague serán de su cargo las costas causadas (art. 822) o bien del contenido del art. 583 LEC en materia de ejecución dineraria el cual en el mismo sentido dice que aunque pague el deudor en el acto del requerimiento serán de su cargo todas las costas causadas. De igual forma la Ley de Propiedad Horizontal (HCL 1960, 1042 y NDL 24990) en el art. 21.6 tras la entrada en vigor de la LEC realiza en forma expresa la misma previsión. De otro lado el art. 394 de la LEC es una norma común a los procedimientos ordinario y verbal pero no de los procedimientos especiales regulados en el libro IV.

La intención del legislador, no imponiendo la presencia de procurador ni de abogado para la solicitud inicial y posibilitando que se utilicen impresos o formularios para realizar la petición va en la línea de simplificar los trámites obteniendo en forma inmediata la satisfacción de la deuda. Si la norma no prevé la imposición de costas resulta indiferente que el acreedor tenga su domicilio fuera del lugar en que corresponda demandar, a los efectos de lo dispuesto en el art. 32.5 LEC, pues lo que no existirá es un título o condena en costas que permita abrir la tasación».

AAP (Secc. 4ª) Santa Cruz de Tenerife, 4 de febrero de 2002 (AC 2002, 641).

Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Aragón Ramírez.

Si la acreedora no formula demanda de juicio ordinario tras la oposición de la deudora procederá condena en costas.

«tiene razón en su petición de condena en costas a la acreedora, para el caso de que la demanda no se hubiera presentado en el plazo legal, por imponerle así el reiterado art. 818 LEC, sin que en el Auto en cuestión se contenga ningún razonamiento».

Excepción a lo anterior es lo previsto en supuestos de reclamación de cantidades debidas a la comunidad de propietarios. A pesar de no ser preceptiva la asisten-

cia de Abogado ni la representación mediante Procurador en estos casos, cuando el deudor no pague o no comparezca, y hasta incluso a pesar de atender el requerimiento de pago, deberá abonar en todo caso los gastos y las costas (con el límite previsto en el artículo 394 LEC, es decir, «de la parte que corresponda a los Abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento»). En caso de haber oposición, se aplicarán las reglas generales, incluyendo, según el artículo 21.10 párrafo segundo LPH «los honorarios del Abogado y del Procurador de la parte vencedora, si hubiere utilizado los servicios profesionales de los mismos en la demanda o la contestación».

De otro lado, los intereses corporativos de Abogados y Procuradores que puedan ser mantenidos no están exentos de algún fundamento. Así, por ejemplo, como se ha venido señalando en diversos foros, el carácter facultativo del Letrado puede favorecer el intrusismo y suponer pérdida de algunos ingresos económicos derivada, al menos, de la «imposibilidad» de integrar estas partidas en la condena en costas. No obstante, sin perjuicio de lo dicho antes sobre la complejidad del proceso monitorio, tal imposibilidad puede ser matizada pues no cabe descartar en todo caso que, no siendo preceptiva la asistencia letrada, pueda haber resultado necesaria¹⁵⁹.

Para el caso de que se formule oposición o ejecución, será preceptiva la asistencia letrada y la representación mediante Procurador conforme las reglas generales (artículos 818.1 párrafo segundo y 539.1 párrafo segundo LEC). En tales casos, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo dicho *supra* sobre intervención preceptiva y no preceptiva de Abogado y Procurador) e *infra* sobre la representación y defensa en la ejecución.

AAP La Rioja, 1 de marzo de 2002 (JUR 2002, 136959).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Santisteban Ruiz.

En caso de «desistimiento» por el acreedor en el juicio verbal de oposición son de aplicación las reglas generales.

«Por lo tanto, este precepto supone que en materia de costas se aplican las reglas generales y en concreto en materia de desistimiento el tenor del artículo 396 de la LEC, pues incluso no puede olvidarse que el trámite a seguir es el correspondiente al juicio verbal de modo que en todo caso de seguirse el criterio propuesto por la parte recurrente que distingue entre juicios declarativos y aquellos que no lo sean, también correspondería imponer las costas a la demandante a tenor de este precepto en relación con los artículos 248 y 250 de la LEC».

159. Con carácter general, opino que si bien es cierto que la preceptividad legal de abogado y procurador impone su necesidad y, por tanto, la debida integración de las partidas de sus gastos y honorarios en las costas; la previsión con carácter facultativo de su intervención no ha de suponer siempre su innecesariedad, de modo que podría argumentarse en algunos casos, por muy concretos y excepcionales que pudieran ser, que ha resultado necesaria la asistencia letrada derivada de la dificultad del asunto.

AAP (Secc. 5ª) Zaragoza, 22 de marzo de 2002 (AC 2002, 659).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

No procede condena en costas si se produce allanamiento parcial por el acreedor.

«Y no discutiéndose ni pudiéndose discutir en esta alzada ese trámite, es lo cierto que asimilado el allanamiento al pago es correcto el pronunciamiento sobre las costas.

Para llegar a esa conclusión hay que tener clara la naturaleza y finalidad de este procedimiento especial. La doctrina —los pronunciamientos jurisprudenciales son escasos— ha destacado que con el procedimiento monitorio se facilita por el legislador la creación rápida de un título ejecutivo: mediante la invocación y proclamación del propio derecho de crédito, asentado incluso en meros documentos privados unilaterales, y a través de la conminación judicial se obliga al deudor a posicionarse, de manera que la Ley sancionará rigidamente las consecuencias de las distintas posturas que adopte el deudor: si paga fina el procedimiento (art. 817), si se opone han de acudir al contradictorio (art. 818.1), mientras que la pasividad y silencio del deudor desembocará en el proceso de ejecución (art. 816.2).

Hay, sólo en alguna forma, a través de este procedimiento, una inversión del contradictorio. Y es, sólo también en parte (en relación a la postura pasiva), un mero procedimiento preparatorio de la ejecución acertadamente. La doctrina ha considerado que el proceso monitorio no es propiamente un juicio sino un mero instrumento procesal para formar un título ejecutivo sin necesidad de contradictorio.

La consecuencia es que el legislador, para el supuesto de pago prescinde (no lo necesita) completamente de la regulación de las costas, limitándose a ordenar el archivo de las actuaciones. No hay en la norma legal laguna ni omisión del legislador que necesite de integración interpretativa.

En este sentido se ha pronunciado la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial, en su Auto de 30 de octubre de 2001 (JUR 2001, 333013), que llegará a la misma conclusión razonando que el artículo 817 no prevé la imposición de costas a los deudores cuando atiendan el requerimiento de pago, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución dineraria y el proceso especial cambiario lo establece.

Que esto es así en fin resulta con claridad de la misma regulación del monitorio en cuanto sí que expresamente regula una especial imposición de costas para un supuesto específico. Puesto que la invocación del crédito obliga al demandado a posicionarse frente a aquella reclamación, dadas las drásticas consecuencias que el legislador anuda a las distintas posibles posturas del demandado, no tolera que, de oponerse este último pueda el demandante eludir el seguir el cauce del contradictorio, imponiéndole la carga de promoverlo y asociando al hecho de no hacerlo la obligación de soportar las costas (artículo 818.2 Ley de Enjuiciamiento Civil). Se previene así el uso abusivo del procedimiento monitorio.

Al hilo de estas consideraciones es de resaltar cómo el legislador cuando ha estimado equitativo ha dispuesto una regulación específica (y por ende distinta) a la que resulta del régimen general. Y lo hará en la misma Ley de Enjuiciamiento Civil 7 de enero de 2000. En su disposición final primera y en relación a las reclamaciones que efectúen las comunidades de propietarios a sus comuneros por los gastos comunes, al disponer el artículo 21.6 de la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960, 1042 y NDL 24990), en la regulación contenida en la misma por la disposición final citada, que «Cuando en la solicitud inicial del proceso monitorio se utilizaren los servicios profesionales de abogado y procurador para reclamar las cantidades debidas a la Comunidad, el deudor deberá pagar, con sujeción en todo caso a los límites establecidos en el apartado tercero del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los honorarios y derechos que devenguen ambos por su intervención, tanto si aquél atendiere el requerimiento de pago como si no compareciere ante el tribunal. En los casos en que exista oposición, se seguirán las reglas generales en materia de costas, aunque si el acreedor obtuviere una sentencia totalmente favorable a su pretensión, se deberán incluir en ellas los honorarios

del abogado y los derechos del procurador derivados de su intervención, aunque no hubiera sido preceptiva". Es evidente que el legislador atendiendo aquí a la problemática específica que plantean los comuneros morosos en las comunidades sometidas al régimen de propiedad horizontal ha querido hacer una excepción a la regla general.

TERCERO.—En realidad, aunque se hubiese acordado un allanamiento parcial en el seno del contradictorio, tampoco este pronunciamiento conllevaría pronunciamiento sobre las costas.

No porque no puedan imponerse, sino porque el pronunciamiento sobre las mismas sería pertinente en la sentencia que resuelva el contradictorio y en el que el pronunciamiento sobre las mismas resultará normalmente inescindible en relación a la parte del objeto litigioso sobre el que sí haya existido contradicción. Y será en la sentencia en la que el juez, con el pertinente material probatorio, podrá valorar la conducta de las partes para hacer un ponderado pronunciamiento sobre las costas.

Es verdad que las consecuencias en este último supuesto podrán ser radicalmente diferentes. Pues en un sentido u otro habrá, a diferencia de la fase preparatoria del monitorio, pronunciamiento sobre las costas. Pero, se reitera, las resoluciones que ordenan continuar por el juicio verbal y por hecho el pago parcial no han sido recurridas».

Intervención en el juicio cambiario

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 819. Casos en que procede.

Sólo procederá el juicio cambiario si, al incoarlo, se presenta letra de cambio, cheque o pagaré que reúnan los requisitos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque (RCL 1985, 1776 y 2483).

A) GENERALIDADES SOBRE LA POSTULACIÓN EN EL JUICIO CAMBIARIO

En el juicio cambiario no se hace previsión expresa sobre la postulación. Esto ha generado dudas y discrepancias doctrinales, sin que nos conste que por el momento se haya adoptado una solución jurisprudencial clara al respecto.

Para unos autores la postulación es preceptiva siempre, desde el primer céntimo de Euro. Afirma, por ejemplo VEGAS TORRES¹⁶⁰ que la demanda deberá presentarse por medio de Procurador y con firma de Abogado, sea cual fuere la cantidad reclamada, puesto que no se trata de un juicio verbal (sólo para estos juicios, incluida la ejecución de sus sentencias, opera el límite de 900 euros), ni de petición inicial de un proceso monitorio (artículos 23.2.1º y 31.2.1º LEC). Para otros, en cambio resulta dudosa esta necesaria postulación para toda cuantía, puesto que, al menos, la exigencia debería atemperarse cuando la cuantía fuera inferior a 900 euros.

Estas discrepancias doctrinales sobre cómo ha de integrarse la ausencia de previsión sobre la postulación en la regulación del juicio cambiario tiene su origen en un diverso entendimiento de la naturaleza jurídica del juicio cambiario. Quienes estiman preceptiva siempre la postulación es porque consideran que la regla general y directamente aplicable es la de los artículos 23.1 y 31.1 LEC, sin que se trate de los supuestos excepcionales del artículo 23.2.1º ni del 31.2.1º LEC. Como la excepcionalidad deriva de la posible consideración del juicio cambiario como juicio verbal inferior a 900 euros o de proceso monitorio, si ésta no procede, ni una ni otra naturaleza jurídica corresponderán al juicio cambiario. Por el contrario,

160. VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con DE LA OLIVA y Díez-PICAZO), Madrid, 2000, pág. 464.

quienes opinamos que la preceptiva postulación ha de ser matizada en el juicio cambiario, partimos bien de que la naturaleza del juicio cambiario es en realidad la de proceso monitorio si bien especial o bien, al menos y como a continuación explicaré, por una interpretación integrada de nuestro sistema procesal civil.

B) SOBRE LA REGULACIÓN DEL PROCESO MONITORIO Y DEL JUICIO CAMBIARIO: ESPECIALIDADES, LAGUNAS E INTEGRACIÓN DE LAS MISMAS

Si comparamos minuciosamente la regulación procesal y procedimental del proceso monitorio y del juicio cambiario observaremos cómo entre ambos hay importantes similitudes. También podemos encontrar, no obstante, diferencias. Éstas son de dos tipos: las más claras, tienen su origen en una diversa previsión expresa en ciertos puntos (por ejemplo, conforme a los artículos 815.1 y 821.2.1ª LEC, el plazo otorgado al deudor para pagar u oponerse se reduce a la mitad, pasa de los veinte días para el monitorio, a los diez para el cambiario); otras diferencias más sutiles, empero, derivan de que en la regulación del juicio cambiario se omite contemplar algunos aspectos sí regulados en el monitorio. Entre éstos, junto a la previsión de la postulación, se omite mencionar cuáles han de ser los requisitos de la obligación cambiaria que para la obligación del monitorio se contempla en el artículo 812.1 LEC, cuál ha de ser la competencia territorial en el caso de desconocimiento del domicilio del demandado prevista para el monitorio en el artículo 813, o si será posible formular la demanda de juicio cambiario usando impresos normalizados a que se refieren el artículo 814.1 párrafo segundo en relación con el artículo 437.2 LEC.

Desde luego, las previsiones expresadas en sentido diverso imponen la calificación, cuanto menos, del juicio cambiario como especial respecto del monitorio. El problema es si la omisión en la regulación del juicio cambiario es de nuevo manifestación de tal especialidad respecto del monitorio o si, por el contrario, junto a la expresa previsión diferenciada, otorgar al juicio cambiario una naturaleza diversa tanto respecto del juicio monitorio como del juicio verbal.

Tratándose de un *tertium genus* la consecuencia sobre la postulación sería la que hemos visto que ha sido apuntada por VEGAS. Tratándose de una especie del proceso monitorio, en principio, la postulación no sería preceptiva hasta el límite cuantitativo de los 30.000 euros en que es posible el monitorio.

En efecto, si la naturaleza del juicio cambiario es la de proceso monitorio especial, las lagunas en la regulación del juicio cambiario habrían de ser integradas por las reglas generales que, en primer lugar, serían las propias del proceso monitorio. Y así ocurre claramente en algunos supuestos, pero no siempre.

a) Requisitos de la obligación cambiaria

Como he advertido, no se contempla expresamente para el juicio cambiario que la obligación deba ser pecuniaria-líquida, vencida, e igual o inferior a 30.000 euros.

Los dos primeros requisitos son plenamente aplicables para el juicio cambiario. En realidad resulta innecesaria su previsión expresa en una Ley como nuestra LEC. Conforme a la Ley Cambiaria y del Cheque (artículos 1.2º, 94.2º y 106.2º LCCH), uno de los requisitos constitutivos para la existencia de la letra de cambio, el pagaré y el cheque es la constancia de una cantidad expresada en euros o en moneda extranjera convertible y admitida a cotización. Si nos fijamos, en materia cambiaria el requisito se agrava. No consiste tanto en un requisito para la procedencia del juicio cambiario, sino mucho más. Se trata de un elemento constitutivo del título valor cambiario, de modo que su ausencia genera la inexistencia del documento y, consecuentemente, del derecho cambiario¹⁶¹. Asimismo, que la obligación se halle vencida, sin perjuicio de las especialidades modalidades de vencimiento en materia cambiaria¹⁶², es un requisito que deriva de la regulación material, tanto de la Ley cambiaria (entre otros, artículos 33, 46, 50) como en todo caso de nuestro derecho común (artículos 1125 y concordantes CC).

El problema práctico en materia de vencimiento se plantea cuando el vencimiento se ha establecido a la vista, o a un plazo desde la vista. En estos casos, el requisito de obligación vencida se acreditará mediante la fecha de aceptación, o por el protesto notarial o declaración equivalente por falta de la misma. Sin embargo, en el pagaré no procede aceptación ni, consiguientemente, protesto por su falta; y en la letra de cambio cabe no exigir protesto notarial o declaración equivalente si queda dispensada de las mismas mediante la inserción de la cláusula de «devolución sin gastos», «sin protesto» o cualquier otra indicación equivalente. En tales casos, el vencimiento de la obligación podrá no constar en lugar alguno. Pero esto no supone exención de presentar el efecto al pago dentro de un plazo. La Ley exige que la presentación de la letra de cambio y del pagaré (artículos 27 y 97.2 LCCH) se realice bien en el plazo de un año (si no se pactó) o bien en el

161. Sobre estas mismas consideraciones en relación con el juicio ejecutivo cambiario de la LEC/1881, véase BONET NAVARRO, J., «Requisitos de la obligación cambiaria en el juicio ejecutivo cambiario», en RGD, núm. 661-662, octubre-noviembre 1999, págs. 12/499-515.

162. Según el art. 38 LCCH, la letra de cambio y también el pagaré (art. 96) podrán librarse a fecha fija, a un plazo contado desde la fecha, a la vista, o a un plazo contado desde la vista. El cheque (arts. 134, 108.2 y 109 de la misma Ley) es siempre pagadero a la vista, incluso aunque esté postdatado, y además, se prohíbe su aceptación. Por su parte, el art. 50 de la Ley Cambiaria prevé la posibilidad de ejercitar la denominada «acción de regreso anticipado» en determinados supuestos: a) Cuando se produzca la denegación total o parcial de la aceptación de la letra de cambio. Tal circunstancia se acreditará mediante el protesto o declaración equivalente, a no ser que se dispense con la cláusula «sin gastos». En tal caso se producirá el problema anteriormente detallado; b) Cuando el librado, aceptante o no, esté en suspensión de pagos, quiebra, concurso, o hubiere sido infructuoso el embargo de sus bienes. Con graves dificultades prácticas dado, sobre todo, el presumible desconocimiento por parte del tenedor de procesos de ejecución instados frente al obligado; c) Por último, cuando el librador, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se encuentre en suspensión de pagos, quiebra o concurso.

correspondiente plazo acordado. Ahora bien, lo definitivo es que la prueba de la inobservancia de los plazos corresponderá a quien la alegue contra el tenedor (artículo 56 LCCH). Así, cuando la letra y el pagaré estén girados a la vista, el Juzgado de Primera Instancia deberá admitir la demanda con el único dato de que la fecha en que se presenta la demanda sea posterior a la de libramiento, sin saber a ciencia cierta si tales títulos valor contienen una obligación vencida, al no constar si se ha presentado al pago, o se presentó antes del plazo pactado.

El tercer requisito, que la obligación no supere los 30.000 euros, es sin embargo una previsión del legislador exclusiva para el proceso monitorio, no para el juicio cambiario. En el epígrafe XIX de la Exposición de Motivos de la LEC se advierte «en cuanto al proceso monitorio, que la Ley no desconoce la realidad de las regulaciones de otros países, en las que este cauce singular no está limitado por razón de la cuantía. Pero se ha considerado más prudente, al introducir este instrumento de tutela jurisdiccional en nuestro sistema procesal civil, limitar la cuantía a una cifra razonable, que permite la tramitación de reclamaciones dinerarias no excesivamente elevadas, aunque superiores al límite cuantitativo establecido para el juicio verbal». El legislador, sin que conste razón técnica para el porqué y mucho menos para el *quantum*, se ha basado en la prudencia al «introducir» esta modalidad de tutela. La verdadera introducción se produce respecto a las obligaciones contenidas en los documentos a que se refiere el artículo 812 LEC, en ningún caso respecto a la obligación documentada en los títulos valor cambiario del artículo 819 LEC (antes artículo 1429.4º LEC/1881). Además, si se exigiera este límite para el juicio cambiario se estaría agudizando injustificadamente el trato diferente respecto de letras de cambio, pagaré y cheques con importe superiores o inferiores a 30.000 euros, sino también respecto a los créditos documentados en otros títulos a los que se les dota de eficacia de ejecución (artículo 517.4º a 7º LEC). Este diverso tratamiento exigiría a mi juicio previsión expresa, de modo que, al carecer de tal previsión, no es de aplicación el límite máximo de 30.000 euros para el inicio del juicio cambiario.

b) Competencia territorial

En cuanto a la competencia territorial en el caso de desconocimiento del domicilio del demandado o de todos ellos, al contrario de lo que ocurre en el proceso monitorio, tampoco se prevé que pueda ser competente el del lugar en que pueda ser hallado.

Esta falta de previsión no se entiende porque, al contrario de lo que ocurría con la liquidez, la constancia del domicilio del deudor no es requisito constitutivo del título valor. El artículo 1 LCCH no impone su constancia. A lo sumo, en el artículo 2 b) de la misma se prevé que «a falta de indicación especial, el lugar designado junto al nombre del librado se considerará como el lugar del pago y, al mismo tiempo, como lugar del domicilio del librado».

Quizá esta previsión se explique por excesivo mimetismo de la regulación derogada. En el artículo 1439 LEC/1881, se atribuía la competencia territorial según

el lugar de cumplimiento de la obligación, que sí debía figurar como requisito constitutivo (artículo 1.5º, 94.4º y 106.4º LCCH), directa o indirectamente (según los casos, lugar designado junto al nombre del librado, lugar de emisión del título o lugar en el que ha sido emitido o, si en él no tiene el librado ningún establecimiento, en el lugar donde el librado tenga el establecimiento principal).

Lo bien cierto es que, a mi juicio, no constando domicilio y si el deudor pudiera ser hallado y de hecho fuera hallado en un determinado lugar, no veo inconveniente alguno para que sea atribuida competencia territorial al Juzgado de Primera Instancia de tal lugar en virtud del artículo 820 LEC en relación con el 813 de la misma.

c) Sobre la posibilidad de utilizar impresos normalizados

De modo similar a lo que como veremos ocurre con la postulación, en la hipótesis de que el juicio cambiario sea un proceso monitorio especial, para iniciar el juicio cambiario será posible la utilización de impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el Juzgado correspondiente.

Como es bien sabido, estos impresos pueden ser utilizados en el proceso monitorio, con independencia del importe siempre que esté entre los límites cuantitativos del mismo (artículo 814.1 párrafo segundo LEC). Es claro que tal posibilidad no podrá extenderse, por tanto, más allá del límite máximo de 30.000 euros previsto para el monitorio.

La duda es si será de aplicación el límite cuantitativo para el mismo fijado en el artículo 437.2 LEC de 900 euros. A mi juicio, este límite ha de entenderse aplicable al juicio cambiario, en primer lugar, porque en el juicio cambiario, a diferencia del monitorio, se habla de «demanda sucinta», la misma del artículo 437 LEC; y lo que es más importante, porque para el juicio cambiario se prevén exigencias formales algo más rigurosas en la demanda.

d) La postulación

En cuanto a la falta de mención expresa sobre la postulación, la traslación de las previsiones propias del monitorio, con independencia de la naturaleza jurídica del juicio cambiario, resulta en cierto modo dudosa por dos razones:

1ª En la misma regulación del juicio cambiario, a diferencia del monitorio ordinario, se realizan menciones congruentes con la necesidad de postulación. Por ejemplo, se menciona que en los casos de pluralidad de demandados «podrán comparecer en juicio mediante una representación independiente» (artículo 820 LEC); en la cantidad por la que se adoptará embargo preventivo incluye «gastos y costas» (artículo 821.2.2ª LEC); en caso de pago «las costas serán de cargo del deudor» (artículo 822); y el artículo 823 siempre de la misma LEC prevé el supuesto de que «el deudor se personare por sí o por representación».

2ª En el juicio cambiario se habla de demanda sucinta y no de simple «petición de iniciación» como el monitorio ordinario. Por lo tanto, es mayor el nivel de

exigencia formal en cuanto a su redacción, al menos, como prevé el artículo 821 en relación con el artículo 437 ambos LEC, porque se exige que «se fijará con claridad y precisión lo que se pida».

Así, de momento podemos concluir que:

1º Con toda seguridad será preceptiva la postulación para el juicio cambiario por importes superiores a 30.000 euros, porque no es posible proceso monitorio por tales importes ni aplicación de tal regulación.

2º En la hipótesis de que el juicio cambiario tenga naturaleza de proceso monitorio especial, parece que no será preceptiva la postulación con importes hasta los citados 30.000 euros, si bien subsisten dudas cuando estos importes superen los 900 euros.

3º En la misma hipótesis, parece segura que no será preceptiva la postulación para importes hasta 900 euros. Además de tratarse de cuantía inferior a los 30.000 euros, concurre un argumento reforzado, y es que los artículos 23 y 31 prevén como excepción a la postulación, entre otros supuestos, los juicios verbales de cuantía inferior a los 900 euros. Bajo de esta cuantía, salvo los supuestos excepcionales de cuantía inferiores cuyo procedimiento sea ordinario por la materia (artículo 249 LEC), no será preceptiva la postulación con carácter general. Y lo que resulta significativo es que, en caso contrario, resultaría incongruente un juicio cambiario iniciado con postulación preceptiva hasta 900 euros que, una vez formulada oposición, y seguidos los trámites por tanto del «juicio verbal» (artículo 426 LEC), devenga posteriormente preceptiva, precisamente para la litis que es cuando, en principio, se hace más necesaria la postulación.

C) NATURALEZA JURÍDICA DEL JUICIO CAMBIARIO

Hasta ahora hemos estado partiendo de una hipótesis: la naturaleza del juicio cambiario como de proceso monitorio especial. Sin embargo, tal naturaleza no resulta unánimemente aceptada.

Desde luego el tema de la naturaleza jurídica del antiguo juicio ejecutivo, incluido el especial cambiario ha sido un tema de tradicionales disputas entre la doctrina procesal. Es claro que el legislador ha configurado una tutela especial para estos créditos, como ya lo fue en la LEC/1881. En el epígrafe XIX de la Exposición de Motivos de la LEC, se afirma que «el juicio cambiario, por su parte, no es sino el cauce procesal que merecen los créditos documentados en letras de cambio, cheques y pagarés. Se trata de una protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la Ley especial sobre esos instrumentos del tráfico jurídico. La eficaz protección del crédito cambiario queda asegurada por el inmediato embargo preventivo, que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si ésta es desestimada. Fuera de los casos de estimación de la oposición, el embargo preventivo sólo puede alzarse ante la alegación fundada de falsedad de la firma o de falta absoluta de representación, configurán-

dose así, en esta Ley, un sistema de tutela jurisdiccional del crédito cambiario de eficacia estrictamente equivalente al de la legislación derogada».

De este párrafo de la exposición de motivos no creo que se puedan sacar conclusiones que aclaren la duda sobre su naturaleza jurídica. Destaca del mismo, no obstante, que se califique la protección jurisdiccional como de «singular» e «instrumental» de lo dispuesto en la Ley especial sobre esos instrumentos del tráfico jurídico; y que se afirme que el sistema de tutela jurisdiccional sea «de eficacia estrictamente equivalente al de la legislación derogada». Es claro que la tutela es singular, por cuanto mantiene especialidades y que es instrumental puesto que ha de ser congruente de las especiales previsiones sobre la materia en la Ley cambiaria y del cheque¹⁶³. Pero eso no significa, necesariamente, que se trate de una categoría distinta, en cuanto a su esencia, del proceso monitorio. Puede tratarse de un proceso monitorio aunque sea con especialidades. En cuanto a que la tutela jurisdiccional sea de eficacia estrictamente equivalente al de la legislación derogada tampoco supone tomar partido por la naturaleza jurídica del juicio cambiario. Al margen de discrepancias doctrinales, tanto el anterior juicio ejecutivo como el actual proceso monitorio no son más que instrumentos para una tutela procedimentalmente breve al servicio de la eficacia cualificada en el proceso de ciertas obligaciones que reúnan determinados requisitos y se hallen debidamente documentadas. De ese modo, aunque pudiera considerarse con mayor o menor acierto que la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo fuera la de proceso de ejecución, la eficacia —no su naturaleza jurídica— del juicio cambiario y del proceso monitorio, pueden ser perfectamente equivalentes. En mi opinión, lo son también en cuanto a la naturaleza declarativa de uno y otro proceso.

Las disputas doctrinales sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo han sido menguadas considerablemente al sustituirse por el proceso monitorio. Parece que hay acuerdo doctrinal mayoritario en considerarlo como proceso de declaración¹⁶⁴. Sin embargo, todavía algún autor mantiene discrepancias totales o parciales sobre esta naturaleza.

LÓPEZ SÁNCHEZ¹⁶⁵ argumenta que la naturaleza del juicio cambiario es «singularísima»: proceso declarativo cuando se formula oposición en el mismo y con fun-

163. Sin perjuicio del equívoco mantenimiento de la dicción del art. 66 LCCH por el que «la letra de cambio tendrá aparejada ejecución a través del juicio cambiario que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Capítulo II, Título III, del Libro IV...». Lo que no significa más que se obtendrá el despacho de la ejecución si el deudor no paga ni se opone.
164. Afirma RODRÍGUEZ MERINO, A., «Del juicio cambiario», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, IV* (dir. A. M. LORCA), Valladolid, 2000, págs. 4482-3, que consiste en «un proceso declarativo especial, por razón de la naturaleza de su objeto (...) que tiende a obtener la condena del deudor en base a un crédito privilegiado contenido en unos documentos mercantiles que cumplen una importante función en el tráfico jurídico, en donde se tiende a la agilidad en determinadas operaciones, garantizadas por la apariencia de los créditos documentados». Igualmente, mantiene esta naturaleza, entre otros, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, Madrid, 2000, págs. 43-52. Y, más extensamente, ídem, «Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario», en *Estudios Jurídicos. Secretarios judiciales, VII* (con otros), Madrid, 2001, págs. 559-76.
165. Primero en LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, cit., págs. 52-7, y más extensamente, ídem, «Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario», en *Estudios Jurídicos. Secretarios judiciales, VII* (con otros), cit., págs. 576-82.

ción «simplemente preparatoria de la ejecución en cuanto se dirige a la “convalidación” del título cambiario en título ejecutivo». De ese modo —según entiende— «podría afirmarse que se confunde con la ejecución que permite despachar». En mi opinión, se ha de compartir algunos de los razonamientos en que sustenta tal posición doctrinal, si bien discrepo de algunos otros así como, en todo caso, de las conclusiones que obtiene. A mi juicio, diversamente, la naturaleza del juicio cambiario es la de proceso monitorio especial.

a) La especial eficacia de la letra de cambio, pagaré y cheque

Es cierto que los títulos-valor cambiarios son documentos que están dotados de una eficacia especial. Históricamente se había producido la incorporación del derecho a determinados documentos, como los cambiarios, para facilitar y asegurar la circulación de los créditos, para eludir las reglas de la cesión de créditos y lograr producir el sometimiento a las relativas a la transmisión de las cosas muebles¹⁶⁶. De ahí que como afirmaba BROSETA¹⁶⁷, «la naturaleza, el ámbito y el contenido del derecho incorporado se delimitan exclusivamente por lo que se menciona en la escritura que consta en el documento»; así como que «lo que no está en el documento no está en el mundo»; y en ese mismo sentido otros autores, como VICENT CHULIÀ¹⁶⁸ cuando afirma que «su redacción por escrito, en el cuerpo de la letra (bien en su cuerpo original, en su suplemento, o excepcionalmente en sus copias) se exige a efectos constitutivos de validez y no de prueba». Y en efecto, el derecho se halla en el documento cambiario formal y rigurosamente constituido¹⁶⁹. La constatación de los requisitos formales supone *per se* la existencia del derecho, sin perjuicio de que éstos puedan no concurrir realmente o sólo consten en apariencia. Entre otras cosas, esto permite, primero, justificar la articulación de un proceso especial como el juicio cambiario favorable a la efectividad de tal derecho formalmente existente; y segundo, que una vez iniciado, salvo errores en la apreciación judicial inicial de la concurrencia del propio título-valor, sea necesaria una actividad de alegación y prueba suficiente para enervar la presunción de derecho que trae consigo el título valor. Sin embargo, nada de esto implica, ni a mi juicio ha implicado nunca¹⁷⁰, que la letra de cambio, el pagaré y el cheque tengan ninguna eficacia ejecutiva o que reciban una especie de convalidación ni homologación alguna para ejecutar a través del juicio ejecutivo. La eficacia de la letra de cambio, pagaré y cheque se limita precisamente a permitir abrir un proceso monitorio especial, en el que para enervar la pretensión sea necesario normal-

166. Respecto a los antecedentes de la letra de cambio, véase AGUILERA-BARCHET, B., *Historia de la letra de cambio en España (Seis siglos de práctica trayectoria)*, Madrid, 1988.
 167. BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil* (9ª edición), Madrid, 1991, págs. 592-3.
 168. VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, cit., pág. 643, así como ídem, en parecidos términos, *Introducción al Derecho Mercantil* (5ª ed.), Barcelona, 1992, pág. 746.
 169. Véase BONET NAVARRO, J., *Requisitos formales de la letra de cambio, el pagaré y el cheque: aspectos procesales y sustantivos*, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 25, 1998, págs. 17-22.
 170. Esta eficacia, bajo el régimen de la LEC/1881, no suponía necesariamente que el juicio ejecutivo cambiario fuera de ejecución. La naturaleza venía determinada por el régimen procesal, aunque era un tema muy controvertido, discutido y discutible.

mente formular alegaciones defensivas con prueba suficiente¹⁷¹. Que después se despache o no la ejecución dependerá, es cierto, de la especial eficacia del título-valor cambiario, pero ha de concurrir también el título ejecutivo: un conjunto de documentos formado por: la demanda con el título-valor (concurrente y formalmente constituido como *conditio sine qua non*), la constancia del requerimiento de pago formalmente realizado, la del impago y de la falta de oposición del deudor.

b) Las tradicionales divergencias sobre la naturaleza del juicio ejecutivo cambiario de la LEC/1881

Ya con la vigencia de la LEC de 1881 era seriamente discutida la naturaleza jurídica de ejecución que correspondía al juicio ejecutivo¹⁷². Históricamente la letra de cambio no llegó a equipararse a la sentencia a los efectos de ejecución, como reflejan importantes aspectos procedimentales del juicio ejecutivo (necesidad de citar al deudor con el objeto de que conteste, regulación de la oposición del demandado, necesidad de que se dicte sentencia, etc.). Y lo que es más importante, sus rasgos fundamentales se correspondían con las del proceso de declaración¹⁷³.

En el juicio ejecutivo cambiario, los caracteres declarativos se manifestaban con mayor claridad¹⁷⁴. En el mismo no existía requisito previo de autenticidad en los títulos, la misma junto a la certeza de la obligación que contiene sólo se obtenía con la sentencia; el embargo no era ejecutivo sino, aunque especial, preventivo¹⁷⁵; y consecuentemente con esta naturaleza del embargo, era posible su alzamiento, lo que resulta incompatible con una hipotética naturaleza ejecutiva del embargo y con la de ejecución del proceso. Por último, el ámbito de defensas era coincidente en el juicio ejecutivo y en el ordinario, lo que no resulta congruente con la naturaleza de ejecución —ni sumaria— del juicio ejecutivo cambiario¹⁷⁶.

171. Véase BONET NAVARRO, J., «Consideraciones generales sobre la oposición del demandado en el juicio cambiario», en *Estudios Jurídicos. Secretarios judiciales, VII* (con otros), Madrid, 2001, págs. 859-93.
 172. Un sector amplio de la doctrina opinaba ya que el juicio ejecutivo y, particularmente el cambiario, era un proceso de declaración. Entre otros, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Nuevos estudios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1980, pág. 249, reivindica ser el primero que sostiene esta tesis en España, concretamente desde 1936, en las Adiciones a GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1936, págs. 461-2 y 619-20; DE LA PLAZA, «Los principios fundamentales del proceso de ejecución», *RDP*, 1944, págs. 900 y ss.; GUASP DELGADO, J., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1961, págs. 768 y ss.; HERCE QUEMADA, «Juicios especiales. Ejecución. Jurisdicción voluntaria», *Derecho procesal Civil*, II, 8 ed., con GÓMEZ ORBANEJA, Madrid, 1976, págs. 56 y ss.; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil II*, Pamplona, 1992, págs. 92-3.
 173. En contra MONTERO AROCA, J., «La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo», en *RDP*, 1993, págs. 269-305, aunque particularmente para el cambiario, reconoce que éste se había desnaturalizado.
 174. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «El nuevo juicio ejecutivo cambiario», en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (coord. MENÉNDEZ), Madrid, 1992, págs. 873-86.
 175. ORTÉLLS RAMONS, M., *El embargo preventivo*, Granada, 1998, págs. 73-80.
 176. BONET NAVARRO, J., *El juicio ejecutivo cambiario*, Granada, 1997, págs. 43-62.

c) La correcta lectura del artículo 66 LCCH

El artículo 66 LCCH, redactado por la disposición final 10ª.3 de la LEC, debe ser entendido correctamente. En su tenor literal mantiene este precepto que «la letra de cambio tendrá aparejada ejecución a través del juicio cambiario que regula la LEC en el Capítulo II, Título III, del Libro IV, por la suma determinada en el título y por las demás cantidades, conforme a los 58, 59 y 62 de la presente Ley, sin necesidad de reconocimiento judicial de las firmas».

El mantenimiento de esta expresión podría servir de argumento a favor de la naturaleza de ejecución del actual juicio cambiario, o, al menos, para sostener que el legislador ha considerado que la naturaleza del juicio cambiario es la misma que la del anterior juicio ejecutivo cambiario. Estas consideraciones, sin embargo, opino que son erróneas. Ya hemos visto cómo históricamente era discutible la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo y más del cambiario. En mi opinión la lectura correcta del artículo 66 LCCH significa que la letra de cambio, el pagaré y el cheque traen aparejada ejecución tras el juicio cambiario, en principio, una vez constada la demanda, los requisitos formales del título-valor así como también la falta de oposición y de pago por parte del demandado. Sin perjuicio de que cabría que no se despachara ejecución, a pesar de falta de oposición o pago y en todo caso sin necesidad de prueba alguna sobre tales extremos (pues todo ello ha de constar en el título valor o en los documentos adjuntos al mismo que debe presentar el acreedor), cuando se aprecie que no constan efectivamente los requisitos formales del título-valor (por lo que no existirá la letra de cambio, el pagaré o el cheque ni, consecuentemente, el derecho que incorporan) o los presupuestos para el ejercicio de la correspondiente «acción» cambiaria, de regreso (protesto o declaración equivalente) o directa (la aceptación o aval).

d) La petición de inicio del juicio cambiario: demanda sucinta

Es cierto que el artículo 821.1 LEC cuando contempla que «el juicio cambiario comenzará mediante demanda sucinta a la que se acompañará el título cambiario», contrasta con el tenor literal del artículo 814.1 de la misma cuando dispone que «el procedimiento monitorio comenzará por petición del acreedor en la que se expresarán la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, acompañándose el documento o documentos a que se refiere el artículo 812».

No se habla, en el caso del proceso monitorio de «demanda sucinta», sino de «petición». Esta diversa denominación no tiene ningún género de significación a los efectos de otorgar al juicio cambiario naturaleza jurídica alguna. Demanda sucinta y petición pueden ser entendidos como términos esencialmente sinónimos. Toda demanda, incluida la sucinta, no es más que una petición (artículo 437.1 LEC), en la que, como una petición en el vacío no tiene ningún sentido, han de figurar diversos elementos como por y frente a quien se pide, aquello que se pide y directamente en la demanda o en los documentos adjuntos, el porqué se pide).

El tenor del artículo 814 LEC omite denominar demanda sucinta a la petición de inicio del monitorio, probablemente evitando terminología más técnica, dado que se piensa que el proceso sea usado por legos en derecho. Pero el contenido del artículo 814 LEC, aparte del olvido —quizá por demasiado obvio— de recordar que la identidad del demandante también ha de figurar en la petición, cuando exige que «se expresarán la identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, acompañándose el documento o documentos a que se refiere el artículo 812», no está más que repitiendo el tenor del artículo 437.1 LEC cuando señala que en la demanda sucinta «se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida». Como pone de manifiesto Díez-PICAZO GIMÉNEZ¹⁷⁷ «los datos que hay que hacer constar en la petición inicial de un monitorio son muy similares (por no decir idénticos) a los de una demanda sucinta de un verbal». Lo único que cambia es que en el monitorio la fijación con claridad y precisión de lo que se pida no es requisito formal sino que podrá bastar con lo que conste en el documento o documentos del artículo 812.

El proceso monitorio, por tanto, como proceso que es, principiará con demanda sucinta, aunque sea con sus requisitos formales atemperados. Es más, la demanda de juicio monitorio, como la de juicio cambiario, es cualificada. Además de la petición de los trámites propios del proceso monitorio se hace una tácita petición igualmente: para el caso que el deudor no pague ni se oponga, que se despache ejecución a continuación. De ese modo, no sólo se trata de una genuina demanda, sino que además lo es «al cuadrado».

e) Las especialidades procedimentales en el juicio cambiario: embargo preventivo y oposición del deudor

Es cierto que en el seno del juicio cambiario se han previsto especialidades, por lo general repitiendo la regulación derogada del anterior juicio ejecutivo cambiario. Se persigue con ello una tutela judicial más eficaz para los créditos cambiarios. Desde un punto de vista procedimental, esto se manifiesta en diversos aspectos, particularmente en la adopción de un embargo preventivo *ipso iure*. Sin embargo, estas especialidades en el juicio cambiario no suponen, a mi juicio, que su estructura esté más preordenada a la ejecución de lo que lo pueda estar cualquier otro proceso de declaración y, desde luego, no más que el proceso monitorio.

a) *El embargo adoptado en virtud del artículo 821.2.2ª LEC es preventivo.* Por tanto, se configura como instrumento al servicio del resultado del juicio cambiario, evitando el peligro de insolvencia sobrevenida del deudor. Este embargo puede ser adoptado igualmente en el proceso monitorio, si bien en este caso requerirá petición del acreedor y cumplimiento de los presupuestos del artículo 728 LEC. Precisamente el hecho de que el embargo sea preventivo presupone que la naturaleza

177. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con DE LA OLIVA y VEGAS), Madrid, 2000, págs. 489-90.

del proceso en que se inserta no pueda ser en modo alguno de ejecución, pues en tal caso no sería preventivo sino sencillamente ejecutivo.

b') *La oposición principiará por demanda.* En diversos preceptos de la LEC, se afirma que la oposición en juicio cambiario se instrumentará mediante «demanda de oposición» (artículos 824.1 y 2, y 825 LEC). En cambio, para el proceso monitorio, el legislador se limita a señalar que se presentará «escrito de oposición» (artículo 818.1 LEC). Esta diversa denominación no implica, a mi juicio que la oposición sea diversa. Simplemente supone una poco uniforme o repetitiva terminología, mera cuestión de estilo. No de otro modo, en el artículo 826 LEC a la «demanda de oposición» del juicio cambiario la viene a denominar «escrito de oposición».

c') *Los trámites de la oposición presentan una importante especialidad respecto al proceso monitorio.* En el proceso monitorio, en el que se mantiene por la doctrina mayoritaria que formulada oposición finaliza el proceso monitorio y se inicia el juicio ordinario que corresponda por la cuantía¹⁷⁸, se ha previsto un doble trámite alternativo en función de que la cuantía de la pretensión exceda o no de la propia del juicio verbal, esto es, de los 3.000 euros:

a) Si no excede, «el tribunal procederá de inmediato a convocar la vista» (artículo 818.2 LEC). A tal efecto, se entiende que del escrito de oposición se dará traslado al demandante con citación para tal vista, conforme a lo dispuesto en el artículo 440.1 para los juicios verbales. Vista que se celebrará conforme a lo previsto para el juicio verbal, es decir, según lo establecido en el artículo 443 LEC. Se aplicarán igualmente las reglas generales, particularmente lo previsto en el artículo 442.1 LEC por el que «si el demandante no asistiese a la vista, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se le tendrá en el acto por desistido». En este caso, sin embargo, la consecuencia del desistimiento supondrá abandono de la oposición, procediendo por tanto a seguir el proceso monitorio como si ésta no existiera, es decir, dictando auto de despacho de ejecución tal y como previene el artículo 816.1 LEC.

b) En caso de que exceda de 3.000 euros, «si el peticionario no interpusiera la demanda correspondiente dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas al acreedor. Si presentare la demanda, se dará traslado de ella al demandado conforme a lo previsto en los artículos 404 y siguientes de la presente Ley».

En el juicio cambiario, por el contrario, no se ha previsto este doble sistema. El procedimiento adecuado para tramitar la oposición no se adecua por la cuantía sino con el criterio de la materia. En materia cambiaria la oposición se articulará en todo caso por los trámites del juicio verbal. Según dispone el artículo 826 LEC, «presentado por el deudor escrito de oposición, se dará traslado de él al acreedor con citación para la vista conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 440 para los juicios verbales. La vista se celebrará del modo establecido en

178. Por todos, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, cit., pág. 55.

el artículo 443. Si no compareciere el deudor, el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y adoptará las resoluciones previstas en el artículo anterior. Si no compareciere el acreedor, el tribunal resolverá sin oírle sobre la oposición». Como se observa, exactamente los mismos trámites que para el proceso monitorio por cuantía que no supere los 3.000 euros.

Si esta adecuación de los trámites del juicio verbal para el monitorio para los importes propios del mismo no ha sido obstáculo para entender que en tales casos el proceso monitorio se «reconvertía» en otro verbal, no observo por qué razón, siguiendo estos mismos trámites, pueda defenderse que presentan los caracteres de incidente impugnativo, recayendo la sentencia en el propio juicio cambiario. Es más, en caso de desestimación de la oposición se procederá a dictar sentencia, que podrá ser provisionalmente ejecutable si es recurrida (artículo 827.1 LEC). Esta sentencia, siendo desestimatoria de la oposición, podrá ser ejecutada conforme a las reglas generales (artículo 517 y ss. LEC), pues, como pone de manifiesto VEGAS¹⁷⁹, «parece razonable que contenga un pronunciamiento de condena». La desestimación de la oposición, por tanto, no tendrá como consecuencia inmediata el despacho de la oposición a que se refiere el artículo 825 LEC, reservado exclusivamente a los supuestos de falta de oposición (o desistimiento de la misma) y falta de pago. Se limitará a dictar sentencia desestimatoria de la oposición y condenatoria del deudor, pudiendo ser ejecutada si el acreedor así lo dispone.

c') *Es posible en casos muy concretos y particulares que no se despache ejecución en el juicio cambiario a pesar de falta de oposición o pago.* A pesar de la falta de previsión del legislador, es obvio que en el trámite de admisión de la demanda sucinta de juicio cambiario previo el requerimiento de pago, deberá controlar el Juez, entre otras cosas, que se acompañe letra de cambio, pagaré y cheque que reúnan los requisitos de la Ley Cambiaria y del Cheque. Es posible que, a pesar del control previo, el Juez pueda apreciar a posteriori que tales requisitos no se han cumplido, todo ello aunque no se formule oposición por el deudor, o si ésta es formulada, sin necesidad de acreditación alguna. Esto es así porque el documento, en este caso irregular, ha de haber sido aportado por el acreedor; y si no se ha aportado, procedería estimar con mayor motivo la oposición sin tener que probar nada.

En este caso la oposición se limita, como es posible en cualquier otro proceso, a negar los hechos constitutivos de la pretensión del actor, que han de hallarse en la documentación que necesariamente se acompañará a la demanda cambiaria por el actor. Éste tiene de este modo, como en todo proceso, la carga de la prueba de tales hechos; y en efecto, nada más que el tenedor legítimo es quien tiene la disponibilidad y facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217.6 LEC. Y si el acreedor no prueba, fuera como contestación a la demanda o sea como demanda de oposición, el deudor tendrá suficiente con negar la existencia de los hechos constitutivos del acreedor. Así, la ausencia de un requisito esencial del título valor supondrá la inexistencia del mismo. Según los artículos 2, 95 y 107 LCCH, la falta

179. VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con DE LA OLIVA y Díez-PICAZO), cit., pág. 473.

de alguno de los elementos esenciales del título valor cambiario supondrá que no existirá el derecho, la obligación cambiaria, ni la atribución subjetiva de ese derecho o esa obligación, es decir, no existirán los hechos constitutivos en los que el actor basa su pretensión¹⁸⁰. Así por ejemplo, si el tenedor formula demanda cambiaria, en vía de regreso, frente a quien se considera librador, y se adjunta una «letra de cambio» que no está firmada por el mismo librador, es decir, en la que falta el requisito esencial previsto en el artículo 1.8 LCCH, el librador demandado en su escrito de oposición no necesita probar nada, ni siquiera introducir hecho alguno, bastará con que niegue los hechos constitutivos del actor, dado que no existe letra de cambio ni derecho cambiario. Y lo mismo en otros supuestos similares como cuando, en la misma demanda anterior, se adjunta una «letra de cambio», en la que hay una firma en el lugar del librador pero no es la del librador y ni siquiera aparenta ser la del librador ni de su representante (por ejemplo, porque es legible un nombre y apellidos completamente distintos a los del librador), donde también bastará que el demandado niegue los hechos constitutivos¹⁸¹.

Igualmente opino que el Juez podría observar la falta de los presupuestos para el ejercicio de la correspondiente «acción» cambiaria, de regreso (protesto o declaración equivalente) o directa (la aceptación o aval).

Por lo demás, como ya he señalado antes, la propia eficacia especial del título valor cambiario (regularmente constituido) impone una presunción de existencia del derecho, salvo prueba en contrario por el deudor. Esto no es más que una característica propia de la regulación material de la letra de cambio, pagaré y cheque, sin trascendencia alguna en la naturaleza jurídica del juicio cambiario.

En definitiva, por la especial condición material de los título-valor cambiario la concurrencia de la letra de cambio, el pagaré y el cheque (se entiende que con sus requisitos constitutivos pues de otro modo se trataría de simples documentos), impondrá por regla general la necesidad de probar en el juicio verbal tramitado a tal efecto, los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. No obstante, cabrá que el deudor se limite a negar los hechos constitutivos de la pretensión del acreedor con base en la falta de los requisitos de los títulos-valor cambiarios. En todo caso, sin perjuicio de que se prueben o no, su mera alegación tendrá como efecto directo que no se despache ejecución en los términos del artículo 825 LEC, y que se dicte sentencia que, caso de ser desestimatoria de la oposición, será de condena. Y ésta y sólo ésta, según las reglas generales, será el título de ejecución (artículo 517.2.1º o, en su caso, artículo 524.2 y concordantes LEC).

180. Véase BONET NAVARRO, J., «Requisitos formales de la letra de cambio, el pagaré y el cheque: aspectos procesales y sustantivos», cit., págs. 233-62. FERRANDO MIGUEL, I. y CASTAÑER CODINA, J., «De nuevo sobre los requisitos del libramiento de las letras de cambio (un examen jurisprudencial sobre la aplicación de la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985)», *Aranzadi Civil*, I, 1999, págs. 1691-731.

181. Véase BONET NAVARRO, J., «Consideraciones generales sobre la oposición del demandado en el juicio cambiario», en *Estudios Jurídicos. Secretarios judiciales, VII* (con otros), cit., págs. 879-83.

f) La eficacia de cosa juzgada del juicio cambiario sin oposición ni pago

Opino las consideraciones sobre la posible, y a mi juicio incierta, negación de eficacia de cosa juzgada del juicio cambiario cuando no se formula oposición (o se desiste de la misma) o pago, no representan un argumento suficientemente válido para negar la naturaleza jurídica del juicio cambiario como de proceso monitorio especial. Cuando se argumenta algo así: «como no produce cosa juzgada no es proceso de declaración, y no la produce porque no es un monitorio sino una preparación de la ejecución», la cosa juzgada se está tratando como consecuencia de la naturaleza jurídica del juicio cambiario. De ese modo, una consecuencia, la hipotética negativa de cosa juzgada no puede explicar la naturaleza jurídica de la que deriva. Para ello serán necesarios otros argumentos.

En cualquier caso, partiendo de la naturaleza de proceso monitorio especial del juicio cambiario, considero que cuando éste termine sin oposición ni pago será de aplicación el artículo 816 LEC previsto con carácter general para el proceso monitorio porque:

1º El simple silencio del legislador en la regulación de los artículos 819 y ss. LEC no tiene por qué conducir necesariamente a negar los efectos de cosa juzgada. Cabe interpretar que sí la produce partiendo precisamente de su naturaleza de proceso monitorio especial, siendo de aplicación la regla general del artículo 816 LEC por el que «el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere».

2º En la regulación del juicio cambiario, cuya característica patente es la omisión de ciertos actos y resoluciones tan evidentes que han de ser considerados tácitos o implícitos, la forma de resolución («auto» según el artículo 825 LEC), no tendría que ser obstáculo para que tenga esta eficacia, como no la tiene para el proceso monitorio. Además, esta resolución consiste, a mi juicio, en una condena implícita¹⁸².

3º Lo contrario supondría favorecer desorbitadamente al demandado, al atribuir a su simple voluntad (no olvidemos que son alegables todos los motivos de oposición conforme al artículo 67 LCCH) la aptitud para decidir si la resolución que se dicte tendrá o no eficacia de cosa juzgada. Atendido el artículo 827.3 LEC, ocurriría lo siguiente: a) Cuando se formula oposición por uno o varios motivos y no por todos, ya no podrá discutirse de nada con posterioridad, quedando todas las posibles cuestiones alegables pero no alegadas cubiertas por la cosa juzgada. b) Cuando no se formula oposición o si, formulada, no comparece a la vista, al no aplicarse el artículo 816 LEC como regla general, el efecto de cosa juzgada dependerá de la simple voluntad del deudor, teniendo por tanto doble posibilidad de introducir en el proceso hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la pretensión.

182. Véase BONET NAVARRO, J., *Derecho Procesal Civil* (con ORTELLS, JUAN, BELLIDO, CUCARELIA y MARTÍN), Elcano, Aranzadi, 2000, págs. 708-9.

4º La no aplicación del artículo 816 LEC podría conducir a una discusión interminable en relación a la misma cuestión y por las mismas partes. Parece razonable afirmar que una pretensión ha de tener, si el proceso es plenario, un solo procedimiento (especial o, mejor, ordinario), y que la discusión acabe de una vez por todas en el mismo, con independencia de la voluntad del demandado; cuanto menos, que acabe la discusión en cualquiera de los procedimientos alternativos previstos.

5º Esta solución se compece mejor con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido sosteniendo que la cosa juzgada cubre todo lo «alegable» en el proceso¹⁸³, y con los términos de la propia LEC que se refiere a las «cuestiones que pudieron ser en él alegadas» (por ejemplo, artículo 827.3 LEC); así como, en general, con nuestro sistema procesal en el que la nota de irrevocabilidad es elemento propio y diferenciador de las resoluciones judiciales¹⁸⁴, siendo que la actuación del derecho objetivo mediante la potestad jurisdiccional tiene, salvo matices en los procesos sumarios y medidas cautelares, carácter definitivo e irrevocable¹⁸⁵.

g) **La resolución del juicio cambiario y la preferencia prevista en el artículo 1924.3 Cc en relación con los artículos 44 LH y 913.3 y 914.2 CCom**

Con la LEC de 1881, la jurisprudencia se había manifestado a favor de la equiparación de la sentencia de remate dictada en virtud del artículo 1473.1º LEC/1881 a la «sentencia firme», si hubiese sido objeto de litigio a que se refiere el artículo 1924.3 CC. Esta equiparación se realizaba a los efectos prácticos de que el crédito «reconocido» mediante la sentencia de remate se considerara preferente a otro crédito reconocido en sentencia posterior o cuyo embargo pudiera haber sido anotado preventivamente con posterioridad. Pero solamente podía llegarse a tal conclusión partiendo de la naturaleza de declaración del juicio ejecutivo. No tiene ningún sentido que un proceso de ejecución tenga la virtualidad de hacer litigioso un derecho, ni que la resolución dictada en su seno declare su existencia o subsistencia, como tampoco tendría por qué suponer la fecha en que se dicta tal resolución firme un criterio a efectos de otorgar preferencias, y mucho menos respecto a sentencias dictadas en procesos cuya naturaleza de declaración era indubitada¹⁸⁶.

En la actualidad, se produce un fenómeno curioso. Se refuerza la naturaleza de declaración del juicio cambiario, sin embargo, parece dudoso que la resolución que se dicte en el mismo (otra cosa es la sentencia que resuelva la oposición) tenga virtualidad para otorgar preferencias. El artículo 825 LEC no contempla expresamente que en estos casos se dicte sentencia alguna, sino meramente «auto

183. Sobre la interpretación del Tribunal Supremo del art. 1479 LEC/1881, véase BONET NAVARRO, J., *El juicio ejecutivo cambiario*, cit., págs. 66-70.

184. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, págs. 49-50.

185. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal. Introducción* (con CÁMARA y JUAN), cit., págs. 152-4.

186. Véase BONET NAVARRO, J., «Sobre la preferencia de la sentencia de remate firme frente a otra sentencia o anotación preventiva posterior», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 311, 1997, págs. 1-6.

de despacho de ejecución», de manera que esta resolución no se ajustaría a la literalidad del artículo 1924.3º Cc.

Sin embargo, frente a esto cabe argumentar que el citado auto de despacho de ejecución contiene en realidad una sentencia condenatoria implícita. Y, por otra parte, el problema práctico se obvia puesto que en el juicio cambiario la preferencia vendrá dada en realidad por la fecha de anotación del embargo preventivo adoptado en virtud del artículo 821.2.2ª LEC.

D) CONSECUENCIA DE LA NATURALEZA DE PROCESO MONITORIO ESPECIAL QUE CORRESPONDE AL JUICIO CAMBIARIO SOBRE LA POSTULACIÓN

Ya hemos visto cómo la naturaleza de proceso monitorio especial condiciona la aplicación matizada de las reglas generales del mismo para cubrir algunas lagunas del juicio cambiario. Entre otras cosas, sirve de criterio básico para resolver las dudas que se plantean en este juicio sobre la postulación. Pero hemos de distinguir.

a) Por importes superiores a 30.000 euros

Como es sabido, el límite cuantitativo máximo establecido para el proceso monitorio es de 30.000 euros. Por encima de tal importe no es admisible el mismo (artículo 812.1 LEC). En cambio, como se ha advertido, sí será admisible juicio cambiario por importes superiores puesto que tal límite cuantitativo no opera en el mismo. Pues bien, sea cual sea la naturaleza jurídica del juicio cambiario, a pesar de que pueda tratarse de un proceso monitorio especial, en el mismo no operarán previsiones como la de postulación facultativa propias de una regulación que, aunque sea general, se aplica para cuantías limitadas cuantitativamente. Así, por tanto, con toda seguridad será preceptiva la postulación para el juicio cambiario por importes superiores a 30.000 euros, porque no es posible proceso monitorio para tales importes ni, por tanto, posibilidad de aplicación de tal regulación.

b) Por importes superiores a 900 euros y hasta 30.000 euros

La naturaleza de proceso monitorio especial que corresponde al juicio cambiario se presenta como argumento trascendente para sostener que las normas sobre postulación propias del proceso monitorio se aplicarán al juicio cambiario, de modo que para la petición inicial del juicio cambiario por tales importes tendría que ser facultativa la asistencia de Abogado y la representación mediante Procurador. El juicio cambiario se incluye así en la expresión «procedimientos monitorios» a que se refieren los artículos 23.2.1º y 31.2.1º LEC. Sin embargo, esta solución no es comúnmente aceptada por la doctrina ni, es de prever, por la jurisprudencia.

En todo caso, la intervención facultativa de estos profesionales, como vimos para el proceso monitorio de los artículos 812 a 818 LEC el que podemos denominar como «monitorio ordinario», se limita única y exclusiva para la petición inicial. Así, si tanto si se formula oposición como una vez despachada ejecución, se aplica

rán las reglas generales de postulación, por lo que será preceptiva la postulación, en definitiva, para cuantías superiores a los 900 euros (artículos 818.1 párrafo segundo y 539.1 párrafo segundo LEC).

Cuestión distinta es el problema práctico de si, utilizados los servicios de estos profesionales a pesar de no ser preceptiva, podría incluirse la minuta detallada de sus derechos u honorarios así como cuenta detallada y justificada de los gastos que hubieren suplido a que se refiere el artículo 242 LEC. A mi juicio, a pesar del artículo 32.5 LEC, no puede ser negada *per se* esta posibilidad. Es cierto que este último precepto prevé que «cuando la intervención de Abogado y Procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el Tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio, operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el apartado tercero del artículo 394 de esta Ley».

Incluso en la hipótesis de que no se aprecie temeridad o el domicilio de la parte no esté en lugar distinto al de la tramitación del juicio, opino que en ciertos casos podría atemperarse la exclusión. Así, por ejemplo, podrá ser objeto de tasación cuando la parte beneficiada por la condena en costas acudió a dichos profesionales en respuesta a la comparecencia previa de la parte contraria mediante Abogado y/o Procurador¹⁸⁷, en virtud del principio de igualdad de las partes. Incluso también cuando la complejidad del asunto lo exija. En realidad, la preceptividad supone siempre necesidad, pero no siendo preceptivo puede haber sido necesario al requerirse conocimiento y pericia técnica. Podría ser el caso, a mi juicio, de la petición inicial de juicio cambiario cuya articulación, a pesar de que el título-valor por sí o junto a documentos adjuntos contendrán todos y cada uno de los elementos constitutivos de la pretensión, exigir normalmente no sólo conocimientos técnicos y específicos de derecho procesal sino también, sobre todo, de derecho cambiario. Por este motivo opino que las minutas de Abogado y Procurador podrán ser incluidas en la tasación del juicio cambiario por haber sido necesario dada la complejidad que implica normalmente el juicio cambiario.

c) Por importes hasta 900 euros

Para importes hasta 900 euros a lo dicho antes se une otro argumento más, a favor del carácter facultativo de la postulación. En primer lugar, porque se trata de cuantías para las que con carácter general se prevé facultativa la postulación. En efecto, salvo los supuestos excepcionales de cuantía inferiores cuyo procedimiento sea ordinario por la materia (artículo 249 LEC) así como, con dudas, en los juicios verbales adecuados por la materia, no será preceptiva la postulación con carácter general para procesos de cuantía hasta 900 euros. Y lo que resulta

187. JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal Civil* (con ORTELLS, MASCARELL, CÁMARA, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., pág. 702.

cualificadamente significativo es que, en caso contrario, el carácter preceptivo de la postulación para la petición inicial de juicio cambiario resultaría incongruente con la excepción de postulación que se plantea una vez formulada oposición. En este caso, seguidos los trámites a tal efecto del «juicio verbal» (artículo 426 LEC) y formulándose demanda consecuente con dicho procedimiento verbal, la postulación no habría de ser preceptiva hasta novecientos euros. Y de este modo se estaría produciendo la contradicción de que fuera preceptiva para la petición inicial de juicio cambiario, esto es, cuando no tiene lógica que lo fuera porque se trata de que el Juez «avise», requiera de pago y, si es posible, se cobre, pero posteriormente devenga preceptiva, precisamente cuando sí será más necesaria la asistencia técnica porque se producirá litis de manera que será necesario mayor conocimiento, pericia técnica y por tanto, resulta justificada la postulación.

Por lo demás, en el juicio verbal que se ventila para conocer de la oposición serán de aplicación las reglas generales sobre costas.

SAP (Secc. 2ª) Badajoz, 27 de junio de 2002 (AC 2002, 1205).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Paumard Collado.

Es aplicable al juicio verbal de oposición las reglas generales sobre costas

«PRIMERO.—El recurso de apelación que ahora se examina no puede prosperar, porque es lo cierto que resulta plenamente aplicable el art. 394.1 de la LEC (RCL 2000, 34), al encontrarnos ante un procedimiento de impugnación de tasación de costas que, aunque, ciertamente, derive de un procedimiento cambiario, no puede olvidarse que la tramitación de este incidente (insertado en el juicio cambiario) es la propia del juicio verbal, o sea, la propia de un proceso declarativo y, en cuanto tal le resulta de aplicación el art. 394 (en concordancia con el art. 246.4 LEC) que se guía por el principio del vencimiento objetivo».

Innecesidad para formular medidas provisionales previas

JOSÉ BONET NAVARRO

Artículo 771. Medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución.

1. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio.

Para formular esta solicitud no será precisa la intervención de Procurador y Abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior.

2. A la vista de la solicitud, el tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su Abogado y representado por su Procurador.

En la misma resolución podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno.

3. En el acto de la comparecencia a que se refiere el apartado anterior, si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o éste, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes.

La falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial.

4. Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquélla, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno.

5. Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio.

Tanto el artículo 771 LEC como el 104 CC¹⁸⁸ permiten al cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio, solicitar ante el «Tribunal» de su domicilio, los efectos y medidas previstas en los artículos 102 y 103 CC. Para ello, será facultativa la representación mediante Procurador y la asistencia técnica por Abogado, aunque será preceptiva para todo escrito y actuación posterior. En las mismas, además, no será posible sustituir la actuación del abogado por la comparecencia del Procurador.

AJPI núm. 4 Santander, 4 junio 2001 (AC 2001, 2055).

Ponente: Ilmo. Sr. D. Justo Manuel García Barros.

Abogados. No posible la sustitución del abogado por el procurador.

«... por la parte solicitante de la medida cautelar se acudió a la litis sólo con el procurador alegando lo dispuesto en el artículo 31 de la misma. Sin embargo entendemos que eso no es admisible, pues el citado artículo sólo permite el no hacer uso de letrado para la presentación de escritos solicitando medidas urgentes, pero una vez presentado dicho escrito las demás actuaciones deben realizarse con la postulación completa. Así se aprecia por analogía con el artículo 771.1 párrafo segundo. Y ello es normal ya que en el acto del juicio la intervención del procurador en ningún modo puede sustituir la del letrado. A este respecto el artículo 185.2 establece que los informes en las vistas se hacen por los abogados, y sólo cuando la Ley lo permita por las propias partes, sin que se prevea que el procurador sustituya al letrado. De la misma forma, en la regulación de las pruebas se establece que son los abogados los que deben preguntar a las partes (art. 306), a los testigos (372) y en general intervenir u oponerse a las pruebas de la contraria. No es admisible por ello el que se acuda a la litis sin la postulación oportuna, sobre todo teniendo en cuenta que el tipo de juicio en el que nos encontramos es un procedimiento eminentemente técnico en el que su actuación resulta imprescindible».

A pesar de que, como es sabido, la regla general es la preceptividad de la postulación, se contemplan con carácter general importantes excepciones. Entre ellas, se permite a los litigantes comparecer por sí mismo, por tanto sin representación mediante Procurador, «cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio» (artículo 23.2.3º LEC); y se exceptúa que deban actuar dirigidos por Abogado habilitado para ejercer su profesión en el Tribunal que conozca del asunto y de que no pueda proveerse ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado en «los escritos que tengan por objeto... solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio» (artículo 31.2.2º LEC)¹⁸⁹.

El artículo 771.1 LEC conecta directamente con lo previsto en los citados preceptos, al prever la innecesariedad de la asistencia del Abogado y de la representación mediante Procurador para formular la solicitud de los efectos y medidas a

188. Art. 104: «El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores. Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente».

189. Aunque referido a la LEC/1881, véase GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 1999.

que se refieren los artículos 102 y 103 CC¹⁹⁰, es decir, las medidas provisionales previas.

En realidad, este artículo 771 supone una concreción, singular, de lo previsto en aquéllos¹⁹¹. Aunque la solicitud de medidas previas no sea calificada expresamente como urgente, parece claro que son paradigma de las que pueden ser consideradas como tales. Opina CORDÓN¹⁹² que se pretende otorgar una protección sumáxima al cónyuge que se proponga iniciar un proceso matrimonial facilitándole el acceso a la tutela jurisdiccional. Y, más concretamente, pone de manifiesto CALDERÓN¹⁹³ que resulta potestativa en la urgencia que parece acompañar a dichas medidas, quizá la urgencia se encuentra ínsita en las peticiones de las mismas, y además, el artículo 771.1 finaliza estableciendo la preceptividad para todo escrito y

190. Art. 102: «Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes: 1. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal. 2. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil».

Art. 103: «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez. 2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno. 3. Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las «litis expensas», establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad. 4. Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo. 5. Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio».

191. PEDRO BROSÀ & ASOCIADOS, *Introducción a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde la praxis profesional*, Barcelona, 2001, pág. 269, quizá olvidando que se trata de una concreción de reglas generales, interpreta que «el legislador está pensando en una situación de extrema urgencia, como la violencia doméstica, por cuanto las solicitudes de medidas provisionales integran una complejidad de situaciones jurídicas personales y patrimoniales (arts. 102 y 103 Cc), que precisan de asesoramiento y asistencia de abogado desde el principio, máxime cuando su modificación es muy difícil a lo largo del procedimiento».

192. CORDÓN MORENO, F., «Medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II. Arts. 517 al final* (COORD. CON ARMENTA, MUERZA Y TAPIA), Elcano, 2001, pág. 798.

193. CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, Valencia, 2002, pág. 381.

actuación posterior, precisamente porque la urgencia ya ha desaparecido; así, como, por supuesto, por venir con idéntica *ratio* en el artículo 750.1 LEC. Para ORTUÑO¹⁹⁴ la justificación de esta exclusión de la dirección letrada no tiene otra razón que la de no demorar la pretensión cuando, por carecer de medios, se solicite letra del turno de oficio.

Como dispone el artículo 717.2 LEC, «a la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia, deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su Abogado y representado por su Procurador». A pesar de que se mencione expresamente al demandado, es claro, considerando lo dicho en el artículo 771.1 *in fine*, que deberán comparecer ambas partes con la postulación integrada, como ya se ha pronunciado la jurisprudencia.

AAP, Secc. 1ª, Álava, 24 marzo 2000 (AC 2000, 3714)

Ponente: Ilma. Sra. Dª Silvia Vñez Argüeso

Preceptiva la asistencia letrada para ambas partes en la comparecencia.

«cabe señalar cómo el art. 771 de la nueva LEC que entrará en vigor el día 1 de enero del próximo año, bajo el epígrafe de "medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, solicitud, comparecencia y resolución" despeja cualquier género de duda al respecto al preceptuar en su apartado 2 que "... El Tribunal mandará citar a los cónyuges... a una comparecencia que se celebrará en los diez días siguientes... debiendo comparecer el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador", añadiendo el núm. 3 en su segundo párrafo que "... La falta de asistencia sin causa justificada de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial"; y ello por cuanto una interpretación lógica del precepto hace concluir en el sentido de que al preceptuar la asistencia del abogado y del procurador respecto del cónyuge demandado está dando por sentada que ambos cónyuges deberán comparecer personalmente ante el Tribunal, quedando ello corroborado, además, por lo expresado en el otro párrafo transcrito cuando habla de inasistencia no justificada de alguno de los cónyuges».

Por su parte, cabe negar el posible desconocimiento del principio de igualdad de esta norma señalando que, a pesar de que el demandado sí debe comparecer con la postulación integrada, también lo es que la asistencia letrada es potestativa en la petición pero preceptiva en la comparecencia, y es precisamente en la misma donde, a falta de acuerdo, se concretará la pretensión de medidas provisionales¹⁹⁵.

194. ORTUÑO MUÑOZ, P., «Medidas previas a la demanda», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 556 al 827* (coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ y VALLS), Barcelona, 2000, pág. 3557.

195. En ese sentido, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio*, cit., págs. 381-2.

Por tanto, será factible en la vista de las medidas que el demandante, ya asistido de Abogado, pueda ratificar, completar o modificar su petición originaria¹⁹⁶.

No obstante, en el momento en el que el juzgador mande a citar a la comparecencia podrá acordar ya de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a los que se refiere el artículo 102 Cc y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda familiar y ajuar familiar, sin que quepa recurso alguno (artículo 771.2 LEC). De aquí, entre otras razones, derivaban consecuencias tan heterogéneas bajo el régimen derogado de la LEC/1881, como las siguientes: a) Que no procediera recurso alguno (ahora confirmado por el tenor del artículo 771.2 *in fine* LEC), aunque, en algunos casos, pueda ser necesario excepcionalmente admitir apelación¹⁹⁷. b) Que, en principio, no derive responsabilidad al Letrado que no proponga prueba en tal momento.

SAP, núm. 31, Secc. 2ª, Valencia, 3 febrero 2000 (AC 2001, 2518).

Ponente: Ilmo. D. José Bonet Navarro.

Omisión de proposición de prueba por el letrado en las medidas cautelares previas o provisionales.

«En efecto, el art. 102 del Real Decreto 2090/1982, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, prevé que "los Abogados en su ejercicio profesional están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa la haya sido confiada", añadiéndose en el artículo 105 que esta responsabilidad consistirá en la indemnización de los daños y perjuicios causados; y complementándose con los preceptos contenidos en el Título III ("Derechos y deberes de los Abogados") y especialmente en los artículos 53 a 55 de su Estatuto. De este conjunto normativo, puede concluirse que se exige una necesaria observancia por el Letrado de unas obligaciones generales dimanantes de relación contractual de arrendamiento de servicios para la gestión de los intereses de su cliente junto con otras más específicas derivadas de los conocimientos técnicos adecuados a la tutela jurídica de los asuntos que le han sido encomendados. En consecuencia la responsabilidad puede generarse por cualquier tipo de negligencia, pero no fuera de ella, en cierta consonancia con el artículo 1101 del Código Civil. Ahora bien, como pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de mayo de 1994, "al profesional de la Abogacía no puede exigirse una prestación de resultado (favorable) respecto a los intereses de su cliente sino que será suficiente atemperar su actuación a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas..." (artículo 53.2 de su Estatuto)". De otro lado, es necesario acreditar que la conducta del autor del acto o la omisión es apropiada para la producción de un resultado concreto y dañoso, es decir, que exista relación de causalidad necesaria para que sea exigible la responsabilidad civil. Concretamente, en el supuesto concreto de esta litis, si la falta de petición de "ningún medio de prueba", en las medidas provisionales de los autos 115/1997, supuso actuación negligente y fue factor eficiente y determinante del detrimento patrimonial consistente en la falta de percepción por el actor de las cantidades reclamadas. Y al respecto, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de enero de 1995, no debe olvidarse "que la existencia de ese vínculo de causalidad precisa la realidad de una prueba terminante, por cuanto... es preciso que la parte que reclame la indemnización acredite que los daños sufridos por

196. PÉREZ MARTÍN, A. J., «Artículo 771», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, IV (dir. LORCA), Valladolid, 2000, pág. 4109.

197. Véase CORDÓN MORENO, F., «Medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II. Arts. 517 al final* (coord. con ARMENTA, MUERZA y TAPIA), cit., págs. 801-2.

la falta de estimación de sus pedimentos sean causalmente atribuibles a la negligente actuación profesional de quien tenía a su cargo la tutela jurídica de los intereses del cliente". TERCERO.—Al respecto ha de señalarse que la disposición adicional 4ª-1 se remite para la adopción de los efectos y medidas provisionales previas a "los trámites establecidos en los artículos 1884 y 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Estos preceptos concordantes son los arts. 1881 a 1883 LEC que regulan el procedimiento de medidas provisionales previas a la admisión de una demanda de nulidad, separación o divorcio. En síntesis, esta regulación consiste en que una vez admitida la demanda el juez citará a ambos cónyuges, y al Ministerio Fiscal, en su caso, a la audiencia que prevé el art. 1883 LEC, resaltando que el juez se pronunciará sobre las medidas solicitadas, como se desprende de los arts. 103 Cc y 1881.11, con amplia discrecionalidad. Por el contrario, para las medidas provisionales coetáneas, en defecto de acuerdo, la resolución judicial sobre las medidas se dicta tras los trámites de los arts. 1896 y siguientes LEC (Disposición adicional 4ª, 1), entre los que destaca la comparecencia prevista en el art. 1899 LEC, en la que se prevé que en ella el Juez "oír a las partes y al Ministerio Fiscal y admitirá las pruebas que se presenten en el acto y estime pertinentes para la justificación o impugnación de las medidas solicitadas. Si no se pudieran practicar todas en la misma audiencia, se llevará a cabo dentro del improrrogable plazo de los tres días siguientes". De lo que antecede puede concluirse, como afirma la sentencia impugnada, que "conforme al art. 1883, tales medidas, si proceden, se adoptan sin práctica de prueba alguna". Sin que ello suponga infracción ni siquiera merma para las partes en el derecho de defensa y en las posibilidades de contradicción dada la naturaleza del proceso cautelar, y en especial de las medidas cautelares previas en materia de nulidad, separación y divorcio, informado por la urgencia con que deben ser adoptadas estas medidas y su instrumentalidad respecto a otro proceso en el que, en ese sí, el debate se realiza con plenitud de posibilidades. Así, ante tal regulación, en modo alguno puede considerarse negligente la omisión de proposición de prueba en las repetidas medidas cautelares previas o "provisionalísimas". Y todo ello sin perjuicio de que es sumamente incierto el resultado del intento del letrado apelado buscando un convencimiento judicial más allá de lo previsto legalmente; y de que tampoco ha sido acreditado el nexo de causalidad entre la indefinida omisión denunciada del letrado apelado (por cuanto no se concreta sobre qué medios de prueba en concreto debía consistir la proposición probatoria, su admisibilidad y aptitud para el resultado pretendido) y el alegado perjuicio que resultaría de todo ello».

En la comparecencia, salvo acuerdo de las partes oído el Ministerio Fiscal y aprobado por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio. Y lo que ahora más nos interesa es que la falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial (artículo 771.3 LEC).

Como incidencia, cabe la posibilidad de que el día de la vista las partes o alguna de ellas manifieste la solicitud de Abogado y Procurador de oficio. Esta petición puede suponer dilaciones, pues si se efectúa en la comparecencia el Tribunal deberá suspenderla hasta que se produzcan las designaciones. Para evitarlas, convendría que en la citación se aludiera a que a tal efecto, se solicite con antelación al acto¹⁹⁸.

198. PÉREZ MARTÍN, A. J., «Artículo 771», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, IV (dir. LORCA), cit., pág. 4111.

Por último, el Juez resolverá sobre la adopción de las medidas previas a la demanda. Los efectos y las medidas acordadas sólo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta demanda de nulidad, separación o divorcio (artículo 771.5 LEC). Medidas que quedarán confirmadas una vez admitida dicha demanda. Con posibilidad igualmente de que el Tribunal considere que las mismas han de ser completadas o modificadas, para lo que convocará una nueva comparecencia con arreglo a lo previsto en el anterior artículo 771 (artículo 772 LEC).