

## SUJETOS Y OBJETO DEL PROCESO CIVIL.

**Isabel Tapia Fernández**  
Catedrática de D.º Procesal  
Universidad de las Islas Baleares

**SUMARIO:** I. SUJETOS DEL PROCESO CIVIL. II. EL OBJETO DEL PROCESO: SU FIJACION EN LOS ACTOS DE ALEGACIONES. 1. Introducción. 2. Elementos identificadores del proceso. La demanda como acto procesal de identificación del objeto. 3. Análisis del art. 291, párrafo 6, del Anteproyecto. 4. Procesos con pluralidad de objetos. La acumulación de acciones. 5. La contestación a la demanda. Las excepciones materiales. La reconvención.

### I. SUJETOS DEL PROCESO CIVIL.

Con relación a los *sujetos*, esto es, a las partes y al órgano jurisdiccional, sólo me referiré muy brevemente a las partes; dado que la alusión al órgano jurisdiccional habrá de llevar consigo tratar todos los problemas de la jurisdicción y la competencia, y se haría del todo punto imposible en el tiempo que tengo reservado tratar estos temas.

A *las partes* dedica el Anteproyecto los arts. 6 a 32.

Como es sabido, la regulación de las partes en nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Civil es absolutamente deficiente. La doctrina y las declaraciones jurisprudenciales han suplicado esta deficiencia elaborando una doctrina respecto de las partes que realmente no aparece positivizada en la vigente LEC. Ahora, el Anteproyecto ofrece una exposición completa y ordenada.

Se regulan ordenadamente los requisitos afectantes a las partes: capacidad para ser parte; capacidad procesal; legitimación; y postulación (o exigencia de que las partes actúen en juicio representadas por Procurador y asistidas técnicamente por Letrado en ejercicio).

Regula, además, el Anteproyecto la situación de pluralidad de

partes y el cambio de partes o sucesión procesal.

Voy a aludir a continuación muy brevemente a estos requisitos, sin entrar en el tema de la postulación, puesto que este específico tema va a ser objeto de ponencia independiente.

a) Con relación a *la capacidad de las partes*, merece especial referencia la reguación legal de las entidades sin personalidad y de los grupos de afectados, a los que la nueva ley reconoce capacidad y prevé que puedan “comparecer y actuar en juicio a través de las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad o de los grupos, actúen en su nombre frente a terceros”.

b) El artículo 9 se refiere a *la legitimación* de las partes. Y en su inciso primero trata la legitimación ordinaria, y en el segundo se refiere a la denominada legitimación por sustitución. Los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso están legitimados directamente; es la llamada legitimación propia, la que ostenta el titular del derecho u obligación deducido en juicio. Y sólo por excepción y cuando una norma expresa lo prevea puede atribuirse legitimación a persona distinta del titular del derecho u obligación deducidos en juicio (es la legitimación extraordinaria o legitimación por sustitución). Dice así el precepto: “Serán considerados partes legítimas, a todos los efectos, quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”.

Sin embargo, la redacción del precepto me sugiere serias dudas. ¿Es cierto que serán considerados parte legítima, a todos los efectos, quienes comparezcan en juicio como titulares de la relación jurídica debatida? ¿Bastará, pues, con afirmar en juicio dicha titularidad para tener legitimación? No es la legitimación un problema de fondo que habrá de resolverse con la sentencia que enjuicia la acción? De la redacción de este precepto parece desprenderse que se da a la legitimación un tratamiento de presupuesto procesal, en el sentido expuesto por el Prof. MONTERO AROCA.

c) Los artículos 20 a 32 van dedicados a regular la *postulación*, esto es, la representación procesal y la defensa técnica de los litigantes.

- La comparecencia en juicio será por medio de *Procurador*, dice el art. 20. Las excepciones a esta necesidad de representación técnica vienen expresadas a continuación (juicios verbales sin contestación a la demanda por escrito; proceso monitorio; juicios universales cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a juntas; incidentes de impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita, o cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio).

- La ley contiene una exposición odenada de la regulación del poder, clases, deberes del Procurador, causas por las que cesa el Procurador.

- Desaparece la exigencia del bastanteo.

- Importante novedad: los actos de comunicación entre las partes (traslado de las copias de los escritos y documentos) se realizarán de Procurador a Procurador (excepto el escrito de demanda o cualquier otro que pueda originar la primera comparecencia en juicio): art. 279. El Procurador entregará al Procurador de la contraparte una copia, recabando que firmen otra copia de cada escrito o documento, con indicación de la fecha en que se efectúa el traslado. Esta copia sellada y firmada acreditará, a todos los efectos, que el traslado se ha llevado a cabo en la fecha que conste en la copia diligenciada.

Esta novedosa manera de llevar a cabo los actos de comunicación entre las partes supondrá una considerable agilización de la tramitación procesal y una descarga en el trabajo de gestión para la Administración de Justicia. Impone, como contrapartida, mayor responsabilidad para el Procurador.

- La intervención de *Letrado* es preceptiva. No se proveerá a ninguna solicitud que no lleve la firma de Abogado. Excepciones: (semejantes a las del Procurador), y los escritos que tengan por objeto personarse en juicio o suspensión urgente de vistas o diligencias

- Los arts. 31 y 32 establecen sendos procedimientos para que el Procurador exija de su poderdante moroso las cantidades que le adeuce por sus derechos, y para que el Abogado reclame de su cliente el pago de sus honorarios.

Presentada la reclamación, el tribunal requerirá a la parte para que pague o impugne la cuenta presentada, bajo apercibimiento de apremio.

Si se impugna la cuenta, el tribunal resuelve mediante auto.

Si no formula oposición se despachará ejecución por la cantidad contenida en el auto.

Este procedimiento es aplicable al caso de que se impugnen los honorarios como indebidos.

Si se impugnan por excesivos, se oirá por dos días al Abogado y se pasarán los autos al Colegio de Abogados para que emita informe (art. 240).

d) Dentro de la regulación de la *pluralidad de partes* (o mejor dicho, pluralidad de sujetos en la posición de parte actora o parte demandada), el art. 11 regula la figura del *litisconsorcio*; y los arts. 12 y 13, *la intervención de terceros* en el proceso de declaración.

- El párrafo 1º del art. 11 se refiere al *litisconsorcio voluntario*, que no es más que un supuesto de acumulación de acciones: acumulación subjetiva de acciones. Esta norma dice así: "Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir". Se trata, pues, de que varias acciones de distintos sujetos (o contra varios sujetos) *se puedan* ejercitar conjuntamente en un único proceso, provocando una pluralidad de partes. El requisito que se exige en el art. 11 es que las acciones de los varios sujetos provengan de un mismo título o causa de pedir. Sin embargo, este precepto entra en contradicción con lo previsto en el art. 69, que al regular la acumulación subjetiva de acciones (podrán acumularse las acciones que uno tenga contra varios o varios contra uno), establece un requisito inexcusable: "siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del objeto y del título o causa de pedir". Y -dice a continuación- 2 se entiende que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos.

- El párrafo 2º hace mención del *litisconsorcio necesario*; más concretamente, del *litisconsorcio pasivo necesario* (puesto que no parece que existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún

supuesto de litisconsorcio activo necesario: el ordenamiento no obliga a litigar en la parte actora a una pluralidad de personas): “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”. Y la ley dispone expresamente otra cosa en el supuesto de las obligaciones solidarias, donde el art. 1144 del Código Civil señala que “el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente”.

e) En cuanto a la *intervención de terceros* (esto es, de sujetos que no son parte originariamente), el art. 12 del Anteproyecto regula la *intervención voluntaria*; y el art. 13, la *intervención provocada*.

*La intervención voluntaria* se regula conforme a la configuración que ya le viene dando la doctrina y la jurisprudencia:

- podrá intervenir quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito;
- la solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento; y el tribunal resolverá previa audiencia de las partes en el plazo de 10 días;
- admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones;
- el interviniente será considerando parte, pudiendo realizar actos procesales autónomos;
- podrá realizar alegaciones en defensa de las pretensiones formuladas por su litisconsorte “o las que el propio interviniente formule”, cuando tenga oportunidad de hacerlo (puesto que el proceso no se retrotrae y es posible que haya pasado ya el momento preclusivo de alegaciones).

Pero podrá también formular alegaciones necesarias para su defensa; si no tuvo oportunidad debido a su intervención posterior. De estas alegaciones se dará traslado a las demás partes por plazo de 5 días.

Estos párrafos del art. 12.3, me suscitan varias dudas: En

efecto, no sé bien si el interviniente podrá efectuar alegaciones necesarias para su defensa en cualquier momento del proceso, aunque haya precluido ya la fase de alegaciones. Y tampoco sé si lo que esta norma quiere decir en esos dos párrafos es que el interviniente puede defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que él mismo formule, siempre que tenga oportunidad procesal de alegar dichas pretensiones. Pero ¿es que es posible que el interviniente voluntario formule pretensiones?; ¿no estaríamos ante una intervención principal?. Una forma de salvar esta (me figuro que no querida opción legislativa) posibilidad de intervención principal es entender que “las pretensiones que el propio interviniente formule” van inmediatamente conectadas a la oración concesiva siguiente: “aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa”.

Con relación a la *intervención provocada*, el art. 13, inciso primero hace referencia a la llamada que hace el demandante a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado (por lo tanto, con la cualidad de demandante, puesto que “éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes”, y no hay en el proceso más que dos partes, aunque con pluralidad de personas). No se me ocurre ningún supuesto posible. En todo caso, no regula el Anteproyecto las consecuencias de la no atención de la llamada por parte del tercero: ¿se le puede parar alguna consecuencia perjudicial?; ¿se le puede gravar con la carga de demandar?.

El inciso segundo de este art. 13 regula la llamada que el demandado realiza a un tercero para que intervenga en el proceso, y los trámites por los que discurre esta llamada. Tampoco ahora prevé la ley las consecuencias de la no atención a la llamada; quizá porque estas consecuencias jurídicas de la llamada al tercero están previstas en las específicas normas sustantivas que se refieren a la intervención.

En ambos casos (ya sea la llamada que hace el demandante, ya la que realiza el demandado), es necesario que exista una norma que permita esta llamada al tercero: “en el caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso ...” (art. 13.1). “Cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso ...”.

f) Por último, puede ocurrir, con relación a las partes de un concreto proceso, que una parte desaparezca y entre otra en su lugar

en un proceso ya comenzado y no concluido: es el caso conocido como *sucesión procesal o cambio de partes*. A este fenómeno dedica el Anteproyecto los arts. 14 y 15, contemplando como supuestos de sucesión procesal la sucesión “mortis causa”, en cuyo caso los sucesores del causante entrarán a formar parte de ese proceso según las normas previstas en el art. 14; y la sucesión por transmisión del objeto litigioso, en cuyo caso el adquirente podrá solicitar que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente (art. 15).

## II. EL OBJETO DEL PROCESO: SU FIJACION EN LOS ACTOS DE ALEGACIONES.

### 1. Introducción.

El Libro Segundo (De los procesos declarativos), Título I (De los procesos declarativos ordinarios), Capítulo II (Del juicio ordinario), recoge en sus secciones primera, tercera y quinta la regulación relativa a los actos de alegaciones de las partes delimitadores del objeto del proceso. Más adelante (arts. 437-438. Sección octava de este mismo Capítulo) se regulan las conclusiones finales y eventual vista oral, haciendo expresa referencia a la inalterabilidad, en este momento procesal<sup>1</sup> de las pretensiones hechas valer en el proceso.

El objeto del proceso, la “res de qua agitur”, lo han de fijar las partes (el actor, siempre; el demandado, sólo si reconviene) en los escritos alegatorios iniciales, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte que rigen el proceso civil. La correcta delimitación del objeto del proceso resulta de importancia capital para un cúmulo de instituciones procesales que, en mayor o menor medida, se ven mediatizadas por su identificación<sup>2</sup>. La identificación de la controversia (de la “res de qua agitur”) se hace imprescindible para lograr una adecuada y justa resolución del litigio, por lo que una regulación legal clara y precisa en este punto es de suma importancia para que el proceso -como instrumento de resolución de conflictos intersubjetivos- logre sus fines de justicia.

(1) Por cierto, sólo el art. 438, referido a la eventual celebración de vista tras las conclusiones escritas, hace expresa alusión a la inalterabilidad del objeto del proceso en esta fase del juicio. No así el art. 437 que regula el trámite de conclusiones.

(2) Es ya clásico aludir a la fijación de la jurisdicción y competencia del órgano jurisdiccional que conoce del proceso, a la clase de juicio que ha de seguirse, a la prohibición de la “mutatio libelli”, a la litispendencia, a la cosa juzgada, a la congruencia de la sentencia, a la acumulación de acciones ... etc., como instituciones influidas directamente por una correcta delimitación del objeto del proceso.

No voy a insistir sobre estas ideas, tan elaboradas ya científicamente por la doctrina procesal y tan conocidas por todos. Después de más de cien años de vigencia de nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento, los aplicadores del Derecho habían comprendido sus deficiencias científicas y venían aplicando la centenaria Ley según las más modernas orientaciones dadas por la Doctrina y por la Jurisprudencia. Sobre todo, tras la promulgación de la Constitución y de la elevación del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales a derecho constitucional de carácter fundamental; y tras la implacable doctrina del Tribunal Constitucional que lo desarrolla e interpreta y que no permite quebras en los principios de contradicción e igualdad entre los litigantes, se venía haciendo inaplazable una nueva ordenación procesal donde no hubiera que interpretar, completar y a veces contradecir las normas positivas.

A estas exigencias obedece el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que hoy discutimos. Desde mi punto de vista, por debajo de la regulación de formas y procedimiento -propias desde luego de una Ley procesal - y como real sustentadora y aglutinante del conjunto, se plasman de forma coherente conceptos e instituciones, cuya comprensión es inexcusable para entender el sistema procesal civil. Y esto es un mérito innegable de la nueva Ley. Un mérito y un acierto no sólo para quienes tenemos como profesión comprenderla y enseñarla -lo cual, por sí sólo, sería poca cosa-, sino para quienes día a día deben aplicarla en los foros jurídicos.

La ponencia que se me ha ofrecido va referida a la comprensión de una de las instituciones capitales de la ciencia procesal y una de las más influyentes y de más calado en su vertiente práctica, como lo es la identificación del objeto de un proceso concreto.

Como cuestión terminológica previa debo expresar que si bien los términos “objeto del proceso”, “acción”, “pretensión” son conceptualmente distintos desde el punto de vista científico<sup>3</sup>, no obstante y dado su indiscriminado uso, se pueden emplear -por razones prácticas- como sinónimos, siempre que con ellos se pretenda hacer referencia a la “res de qua agitur”; ya sea como derecho

(3) Sigo en esto a un sector doctrinal representado, entre nosotros, por DE LA OLIVA, para quienes objeto del proceso es la acción que se afirma en la demanda y, en su caso, en la reconvenición; acción es el derecho subjetivo público a obtener de los Tribunales una concreta tutela jurídica; y pretensión es el acto de afirmación de la acción.

del justiciable a que los órganos jurisdiccionales le reconozcan a su favor esa “res”, ya sea como acto de plasmación de ese derecho del justiciable en la demanda. Quiero decir con esto que cuanto se diga a continuación puede -sin dificultad- ir referido al objeto del proceso, a la acción o a la pretensión.

Por la gran transcendencia teórica y práctica que tiene la adecuada delimitación del objeto de un concreto proceso<sup>4</sup>, delimitación de la que depende una serie de cuestiones procesales de la máxima importancia, viene siendo “communis opinio” desde el inicio del estudio científico del Derecho Procesal, la identificación del objeto de un proceso (o de la acción o de la pretensión) con base en sus tres elementos definidores: los sujetos, el petitum y la causa petendi. A esos tres elementos se refiere el art. 291 del Anteproyecto.

## *2. Elementos identificadores del objeto del proceso. La demanda como acto procesal de identificación del objeto.*

Con la rúbrica “La demanda y su contenido”, inicia el art. 291 su primer párrafo reproduciendo el vigente art. 524 LEC, aunque con mayor sistemática y remediando la criticada omisión del sujeto activo entre los elementos que deben constar en la demanda como definidores del litigio.

“El juicio -dice el art. 291.1- principiará por demanda, en la que, consignados los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser citados o emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de Derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida”. Por lo tanto, en la demanda se hará constar: a) los sujetos (datos y circunstancias de identificación de actor y demandado); b) el petitum (lo que se pida); y c) la causa petendi (hechos y fundamentos de derecho).

Estos elementos delimitan e individualizan una concreta acción (pretensión u objeto procesal); deben constar con claridad y precisión en el acto procesal idóneo y preclusivo (demanda), y no

(4) Dice MUÑOZ JIMENEZ, “Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso: Demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones”, en “El objeto del proceso civil”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, pág. 150, “siendo como es el proceso un instrumento de solución de conflictos intersubjetivos, la obtención de sus fines requiere de modo natural que la toma de decisión correspondiente vaya precedida de un conocimiento exacto de la índole, alcance y contenido de la controversia para la que se pide de los órganos judiciales solución jurídica”.

pueden ser alterados en esencia a lo largo del proceso (prohibición de la “mutatio libelli”). Si se varía uno solo de estos elementos, se cambia la acción o el objeto del proceso, se introducen nuevas cuestiones y -dice la S.T.S. de 15 de Junio de 1982- “ se alteran los términos precisos del litigio, con indudable merma del derecho de defensa de la otra parte, la cual, de haberse alegado oportunamente la cuestión, podría haber redargüido y probado en contra”.

Porque los superiores principios de defensa y contradicción no permiten variar los términos del litigio -además de los principios jurídico técnicos, propios de nuestro proceso civil, dispositivo y de aprobación de parte-, es obvia la importancia que tiene una correcta delimitación de tales términos. La conclusión del periodo de alegación supone la imposibilidad de que las partes puedan en un momento posterior aducir eficazmente nuevos elementos configuradores de la litis. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha fijado una constante doctrina legal en este sentido, reiterando que ni en la fase probatoria y al socaire de esta actividad, ni en trámite de conclusiones, ni en instancias superiores, pueden ser alterados los sustanciales elementos configuradores del objeto litigioso.

De forma brevísima, voy a hacer mención a los elementos configuradores del objeto del proceso, para examinar a continuación cuál es el estado actual perfilado por la Doctrina y la Jurisprudencia, y cómo se refleja esta cuestión en el Anteproyecto de Ley. Omitiré las cuestiones relativas al elemento subjetivo, puesto que es objeto de ponencia diferente; y me centraré, por tanto, en el elemento objetivo de la acción: el *petitum* y la causa *petendi*. La identidad objetiva se traduce, como advierte CHIOVENDA<sup>5</sup>, en la identificación del bien de la vida que es objeto de discusión. Y ese bien controvertido se individualiza a través del “*petitum*” (lo que se pide) y de la causa de pedir (“con qué título o fundamento se pide”).

A) *El petitum*. La identificación del *petitum*, o lo que es lo mismo, de la concreta tutela jurídica que se pidió y se concedió o denegó, viene establecida por dos órdenes de identidades. Puesto que la demanda va dirigida a dos sujetos (al Juez y a la otra parte) de los que se pide cosas distintas, el *petitum* asumirá, en concreto dos aspectos diversos<sup>6</sup>: en vía “inmediata” la demanda se dirige al

(5) “Instituciones de Derecho Procesal Civil (Trad. Gómez Orbaneja)”, Madrid, 1954, T. I, pág. 420.

(6) MANDRIOLI, “Corso di Diritto Processuale Civile”, Torino, 1987, t.I, pág. 138.

Juez, al que se pide no la cosa o prestación objeto del derecho material, sino una resolución: la condena del demandado, la mera declaración del derecho, el cambio jurídico. En vía "medita", la demanda se dirige contra el demandado, del que se pide un determinado bien de la vida: una cosa, una prestación, una abstención... etc. Si varía alguno de estos elementos (tanto el objeto inmediato como el mediato), varía la acción. Lo que se pide determina de forma directa la resolución judicial concretada en el fallo de la sentencia. En función del petitum, las acciones se clasifican de declarativas, ejecutivas y cautelares. Y dentro de las declarativas -que es lo que ahora interesa- se pueden distinguir tres categorías: merodeclarativas, si se pide una tutela consistente en la afirmación de existencia o inexistencia de un derecho o de una determinada relación jurídica que se muestra incierta; constitutivas, cuando la tutela que se solicita va dirigida a la creación, modificación o extinción de un derecho, estado o relación jurídica que no es posible lograr sin la intervención de los Tribunales; y de condena, cuando lo que se pide es la declaración de existencia de un derecho a prestación por parte del demandado y la orden de condena a su cumplimiento. Puesto que un mismo derecho o relación jurídica puede dar lugar a diversas peticiones, la concreción de esa petición identificará el concreto objeto de ese preciso proceso; puesto que la diversas peticiones dimanantes de un mismo derecho o relación jurídica podrían dar lugar a diversas acciones o diversos objetos procesales, es necesario que en la demanda se exprese con claridad esa concreta petición; tanto la concreta clase de tutela (la declaración de un derecho, la constitución de una relación jurídica, la condena del demandado), como el singular bien jurídico respecto del que se pide tal tutela (que se declare la titularidad del actor sobre la finca X; que se declare disuelto el matrimonio formado por A y B; que se condene a C a construir la finca a que se obligó).

Delimitado así este elemento constitutivo del objeto del proceso, las consecuencias procesales son importantísimas: el Juez competente para conocer de la demanda así configurada lo será en función de la concreta tutela que se pide, así como el tipo de procedimiento; no podrá alterarse ese objeto a lo largo del proceso; el Juez deberá pronunciarse exactamente sobre ese objeto; no podrá iniciarse un nuevo proceso con ese mismo objeto ... etc.

Si lo que se pide son varios o diversos pronunciamientos judiciales, estaremos en presencia de diversos objetos procesales (de distintas acciones). La Ley permite, desde sus orígenes, la acumu-

lación de varios objetos procesales en un mismo proceso, por razones de economía procesal y de conveniencia para las partes, así como por razones objetivas de coherencia de pronunciamientos, cuando entre esos objetos procesales (o entre esas acciones) que se acumulan en un único proceso existe algún nexo o conexión. A la acumulación de objetos procesales se refiere el Anteproyecto en los números 5 y 6 del art. 291, y los arts. 292 a 296. Tras el análisis de los elementos integrantes del objeto del proceso, analizaré la nueva regulación en materia de acumulación de acciones. Sólo mencionaré ahora que, desde el punto de vista formal, el art. 291.5 del Anteproyecto exige que “cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación”.

Un defecto en la concreción y claridad del *petitum* en los términos vistos, provoca un defecto legal en el modo de proponer la demanda, expresamente previsto en el art. 314.5 del Anteproyecto: “... El Juez resolverá (en la comparecencia) ... sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre los siguientes: ... 5ª Defecto legal en el modo de proponer la demanda ... por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o en la petición que se deduzca”.

*B) La causa de pedir.* Es el fundamento o razón en que el actor basa su petición de tutela. Sobre la delimitación de este elemento objetivo, la centenaria polémica doctrinal subsiste desde que los procesalistas se dividieron entre los partidarios de la teoría de la sustanciación y los partidarios de la teoría de la individualización, dos formas de expresión en la demanda de la causa de pedir o fundamento de la acción.

En la actualidad, el enconado antagonismo entre ambas teorías se está superando, debido a su inutilidad y errónea formulación. Y el planteamiento de la causa de pedir viene establecido desde otras perspectivas. Se define la causa de pedir como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir la tutela jurídica solicitada. Pero a la hora de concretar esa situación de hecho jurídicamente relevante todavía los autores y la Jurisprudencia se halla escindida entre quienes consideran la causa de pedir formada por dos elementos: el fáctico (conjunto de hechos, relato histórico) y el elemento jurídico o normativo (el título jurídico en virtud del que pide; la subsunción de los hechos en una nor-

ma jurídica que otorgue la eficacia que el actor pretende); y entre quienes se muestran partidarios de reducir la causa de pedir a la sola fundamentación fáctica, el conjunto de hechos, las circunstancias concretas o el relato histórico sobre los que el actor basa su petición<sup>7</sup>.

La doctrina jurisprudencial no da una idea clara y concluyente sobre lo que constituye la causa de pedir, sino que en un nutridísimo grupo de sentencias -interpretando los brocardos “da mihi factum, dabo tibi ius” y “iura novit curia”<sup>8</sup>- proclama paladinamente que la causa de pedir está constituida únicamente por los hechos alegados, el acaecimiento histórico, la relación de hechos que, al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa. Mientras que otro grupo de resoluciones jurisprudenciales, cuantitativamente inferior, interpretando de forma más correcta, a mi juicio, los referidos brocardos, ha considerado que “la potestad de los Jueces y Tribunales para aplicar la norma adecuada ... tiene como límite infranqueable el respeto a la causa de pedir, es decir, al hecho debatido y a la norma que éste naturalmente postule o requiera” (S. 15 de Octubre de 1984). La razón que se aduce para considerar elemento identificador de la causa de pedir también al elemento normativo es que “sería una extralimitación que impediría el normal uso de la defensa jurídica causando indefensión ... al no poderse contrarrestar con aportaciones de hecho distintas o con fundamentos jurídicos excepcionantes”.

El Tribunal Constitucional, en aquellas ocasiones en que el requisito de la congruencia de la sentencia puede determinar una violación del art. 24 de la Constitución, se ha visto en la necesidad de razonar acerca de lo que constituye o no la causa de pedir a los efectos de permitir al Juzgador una variación de tales elementos. Y -si bien de forma un tanto ambigua- ha declarado que “se cambia la

(7) Evidentemente, esta formulación del texto es simplificadaísima y por ello muy inexacta. La “situación de hecho jurídicamente relevante” se perfila de forma diferente en los derechos personales o de crédito u obligacionales, y en los derechos reales o derechos absolutos. Más ampliamente sobre este tema, puede verse mi trabajo “Efectos objetivos de la cosa juzgada”, en Efectos jurídicos del proceso, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, págs. 211 y ss.

(8) Sobre esto, cfr. TAPIA FERNANDEZ (con Cavanillas Múgica), “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual”, Madrid, 1992, págs. 211 y ss.

acción ejercitada por el Tribunal, cuando se altera el fundamento jurídico que la nutre y que es la razón porque se pide o causa petendi” (S.T.C. de 18 de Diciembre de 1985). Claro es que esto no quiere decir mucho, porque en otras ocasiones, el Tribunal Constitucional ha establecido que “los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse a los razonamientos jurídicos que les sirven par motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo “iura novit curia” les autoriza para ello” (S.T.C. de 5 de Mayo de 1982)<sup>9</sup>.

Como se observa, el problema sigue planteado y no resuelto. Lo que constituye la causa de pedir sigue quedando al arbitrio del intérprete. Y entiendo que el problema no es irrelevante por cuanto de la correcta delimitación de los elementos constitutivos de la acción va a depender un cúmulo de circunstancias procesales de la mayor envergadura.

Por mi parte, pienso que el límite a las facultades de aplicación del Derecho por los Jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio. Porque en esto se basa precisamente el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil. La libre aplicación del derecho por los Tribunales para decidir la controversia ni se corresponde con este principio dispositivo, ni es concorde con los de audiencia y defensa. Como se ha dicho recientemente<sup>10</sup>, “una concepción tal de la función que desempeña en el proceso la fundamentación jurídica

(9) También en este mismo sentido, la S. T.C. de 23 de Mayo de 1990.

(10) MUÑOZ JIMENEZ, “Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso”, cit., pág. 184. En este mismo sentido, PRIETO CASTRO, “El cambio de punto de vista jurídico. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1º de Diciembre de 1955”, en Rev. Der. Proc., 1956, pág. 255, se pregunta “si el principio iura novit curia, además de tener que ser un axioma para los jueces juristas y de carrera, en el sentido de que están obligados a conocer el Derecho, buscándolo en sus fuentes, deberá ser interpretado en el sentido de que se conceda aquella autonomía sin restricciones, por encima y al margen de aquella disponibilidad de los titulares (principio dispositivo)”. Y afirma rotundamente: “la respuesta es negativa. El Juez no es libre en el manejo del derecho en tanto en cuanto su libertad pudiera atentar contra dicho principio dispositivo, concebido como una indicación de límites puestos por las partes a la función jurisdiccional”. Y DE LA OLIVA, “Sobre la congruencia de la sentencia”, en La Ley. 1982, págs. 890 y ss., expresa que la máxima “iura novit curia” no implica descargar a las partes de la alegación de las norma jurídicas que les son favorables; significa tan sólo que es innecesario probar el Derecho vigente, alegarlo con completa precisión y total exhaustividad”.

alegada por el actor en su demanda que, en la práctica, reduzca su cometido a poco menos que servir de ilustración o guía indicativa para el órgano jurisdiccional, suscita, sin embargo, importantes reservas y hoy se ve sometida a revisión crítica”. Pienso que la causa de pedir está formada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. El elemento fáctico vincula al Juez en todo caso. El elemento jurídico, a su vez, está formado por dos subelementos: el punto de vista jurídico (o calificación jurídica, o razonamiento jurídico, o fundamentación jurídica, o como se quiera denominar), que no es más que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la Ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésta concreta y no otra distinta (porque el actor puede hacer valer sus derechos si quiere y en la medida que quiere), es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto. Y el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico: la/s concreta/s norma/s aplicable/s a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del Juez<sup>11</sup>. De estos dos subelementos, sólo el segundo es de apreciación por el Juez, aunque las partes no hubiesen alegado esa/s norma/s.

Esta concepción apuntada, ha sido recogida en el art. 212 del Anteproyecto -que contiene una norma interpretadora del polémico brocardo “iura novit curia”-, al expresar que “los asuntos se decidirán de conformidad con las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente alegadas por las partes, siempre que sus pretensiones manifiesten la voluntad de acogerse a aquéllas, sin que pueda el Tribunal apartarse de la causa de pedir y resolver con fundamentos jurídicos distintos de los que las partes hayan querido hacer valer”.

*C) La causa de pedir y el art. 291, párrafos 3 y 4 del Anteproyecto.*

Desde el punto de vista del Derecho positivo, el vigente art. 524, al establecer los contenidos de la demanda, prevé que en ella se expongan “sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho”, de lo que parece desprenderse que tanto unos como otros actúan de elementos delimitadores de la fundamentación de la pretensión. Sin embargo, como he dicho anteriormente, el valor que se ha dado a la exposición de los fundamentos jurídicos en orden a la identificación del objeto litigioso ha sido extraordinariamente débil.

(11) Véase, más ampliamente, TAPIA FERNANDEZ, “La concurrencia de responsabilidad, (con Cavanillas Múgica), cit., págs. 209 a 234.

El Anteproyecto de LEC completa en amplia medida la escasez normativa anterior. Y así, el art. 291, en sus párrafos 3 y 4, refiriéndose a la fundamentación de la pretensión, dice: “3. Los hechos se narrarán ordenada y claramente, sin incluir valoraciones o razonamientos que dificulten la admisión o negación por el demandado al contestar; y se expresarán los documentos que se aporten como prueba de ellos. 4. En los fundamentos de Derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del Procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo”.

Se pretende que la demanda contenga una exposición clara y ordenada de los hechos y de los fundamentos de Derecho referidos a esos hechos, así como a las cuestiones procesales de las que dependa la posibilidad de dictar una resolución de fondo.

¿Qué consecuencia jurídica se sigue de no exponer el actor en su demanda clara y ordenadamente los hechos y los fundamentos de Derecho?

El art. 297 del Anteproyecto, referido a la “admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda”, no contempla de modo expreso como causa de inadmisión la falta de claridad y orden en la exposición de los hechos y fundamentos de Derecho, por lo que al no constar expresamente este caso de inadmisión, la demanda habrá de ser admitida, dando traslado de ella al demandado para que la conteste (art. 298). En la contestación, el demandado podrá alegar “las excepciones procesales que pongan de relieve las circunstancias relativas a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, en los términos del art. 314 de esta Ley (art. 303.3). Pero el art. 314 (al que se remite el art. 303.3), regulador de la comparecencia que sigue a las alegaciones escritas y refiriéndose al examen de las cuestiones procesales que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, no prevé como defecto legal en el modo de proponer la demanda la falta de claridad o precisión en los fundamentos de hecho o de Derecho, sino que sólo se refiere a este defecto de la demanda cuando “falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca” (esto es, en

los sujetos y en el petitum).

Entiendo que las circunstancias que taxativamente enumera el art. 314 (falta de capacidad, cosa juzgada, litispendencia, falta de litisconsorcio, inadecuación de procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda por falta de claridad y precisión en la determinación de las partes o de la petición) no implican un “*numerus clausus*” de excepciones procesales, sino que como expresa el citado art. 314, el Juez ha de resolver en ese momento procesal “sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso ... y, en especial, sobre las siguientes...” (las que enumera en los cinco apartados).

En los artículos que siguen, el Anteproyecto va desgranando el examen de esas cuestiones procesales y su resolución. Y al referirse el art. 322 a la excepción de demanda defectuosa, ya no emplea la misma terminología que el art. 314 (“falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca”), sino que dice “falta de claridad o precisión ... o en las pretensiones deducidas”. Es decir, ahora no se refiere ya al “*petitum*” como elemento objetivo de la pretensión, sino a la entera pretensión (es decir, al *petitum* y a la causa de pedir).

Pero es más, para aquellas circunstancias procesales que no se hallen comprendidas en el art. 314, el art. 323 establece una analogía en el modo de resolver estas cuestiones procesales alegadas por las partes o puestas de manifiesto de oficio.

Por lo tanto, en la contestación a la demanda, el demandado puede alegar como excepción procesal la falta de claridad y precisión en la narración de los hechos o de los fundamentos de Derecho, y consecuentemente el defecto en el modo de proponer la demanda. En la comparecencia el Juez admitirá las aclaraciones o precisiones oportunas (art. 322,1, *in fine*); y si no se formulan estas aclaraciones o precisiones, el Juez podrá decretar el sobreseimiento del pleito “si no fuere en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor o, en caso, del demandado en la reconvenición, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones” (art. 322.3).

Entiendo que, si a pesar de las previsiones legales (y por las circunstancias que fueren) el Juez no decretara en ese momento procesal el sobreseimiento del pleito, y éste llegara a la fase de decisión

final, una oscura y desordenada narración de los hechos que impida la identificación de la pretensión o de la narración de los fundamentos de Derecho hasta el punto de oscurecer u omitir el título jurídico en virtud del cual se pide esa concreta tutela, habría de conducir a la desestimación de la demanda, dada la vigencia del principio despositivo y de aportación de parte que rige el proceso civil. Ni los hechos en que se funde la tutela jurídica que se pide, ni los fundamentos jurídicos que le sirven de sustento pueden quedar sustraídos a la oportunidad del debate y contradicción por parte del demandado, el cual tiene derecho a conocerlos desde el inicio del proceso con el fin de poder rebatirlos y oponer sus oportunas defensas. De no ser así, se rompería el equilibrio procesal necesario para una justa resolución del litigio.

En conclusión, para que la demanda (como acto de alegación de parte instaurador del proceso que contiene la acción ejercitada) lleve al resultado que le es propio, esto es, el reconocimiento por el órgano jurisdiccional de la pretensión de tutela solicitada, ha de contener de forma clara y precisa sus tres elementos delimitadores: a) los sujetos (la parte actora y la parte demandada); b) la pretensión de tutela o petitum (tanto en su aspecto inmediato o clase de tutela, como en su aspecto mediato o bien jurídico concreto que se pide); c) la causa de pedir: relación de los hechos que se subsumen en una/s norma/s jurídica/a y desencadenan las consecuencias jurídicas pretendidas por el actor.

### *3. Análisis del art. 291, párrafo 6 del Anteproyecto.*

Aunque, desde mi punto de vista, esta norma no afecte a la delimitación del objeto del proceso, sino al efecto de cosa juzgada de la sentencia que se dicte, conviene analizarla en este momento por sus implicaciones en el tema que comentamos y la posible confusión que será susceptible de crear.

La citada norma, novedosa en nuestro sistema procesal civil, dice así: “Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos, habrán de aducirse en ella cuantos al tiempo de interponerla resulten conocidos, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. Tampoco se admitirá una segunda demanda sobre lo mismo fundada en títulos jurídicos que hubieran podido hacerse valer al tiempo de interponerse la primera”.

Consciente el Legislador que una demanda, con un concreto

“petitum”, puede fundarse en diferentes hechos o en diferentes títulos jurídicos; y que de ser así provocaría acciones distintas (puesto que el elemento fáctico o jurídico de la causa de pedir no sería el mismo, de fundarse en unos hechos u otros, o en unos fundamentos jurídicos u otros), ha establecido un precepto legal expreso, el n° 6 del art. 291, que supone una “norma de cierre” o preclusión; es decir, el Legislador ha querido que en un determinado momento procesal preclusivo -el de dirigirse a los Tribunales en demanda de tutela jurídica concreta- el actor haga valer de una vez por todas cuantas acciones concurrentes sea posible ejercitar contra el demandado.

Entiendo que esta norma recoge el concurso propio de acciones, esto es, el caso en que existen varias acciones que teniendo idénticos sujetos e idéntico “petitum”, sin embargo pueden fundamentarse en diversas “causae petendi” (ya sea porque se fundamenten en diversos hechos, ya sea porque se basen en distinta fundamentación jurídica). No cabe duda de que, al permitirse al actor fundar su petición de tutela en formas diversas, la diversa configuración del elemento causal del objeto del proceso hace que pueda hablarse de acciones distintas pero concurrentes (o, lo que es igual, de un concurso propio de acciones<sup>12</sup>. En estos casos, dice DE LA OLIVA<sup>13</sup> que al no existir una norma positiva que establezca inequívocamente la preclusión, ésta no podrá actuar; “sin tal precepto legal expreso no puede sobreentenderse que recae sobre el actor la

(12) Que no un concurso de normas. Sobre las diferencias, puede verse mi obra citada en la nota anterior, págs. 187 y ss. Caracteriza el concurso propio de acciones la unidad de fin de las varias acciones, de tal modo que sólo pueden ser satisfechas una vez por todas. Véase LIEBMAN, “Azioni concorrenti”, en Studi in onore di Ratti, Milano, 1933, págs. 671. CHIOVENDA, “Instituciones de Derecho Procesal Civil” (Trad. Gómez Orbaneja), Madrid, 1954, T. I, págs. 428- 429. El titular de esas acciones (distintas porque distinto es el elemento causal de las diversas acciones) tiene a su disposición el poder optar, para obtener el mismo fin, por la acción que estime más ventajosa. Pero una vez elegido una y configurados de ese modo sus elementos definidores, no puede alterarla a lo largo del proceso, el Juez debe resolver con base en esos fundamentos de hecho y de derecho, y una vez recaída sentencia desestimatoria y al no existir norma de cierre en nuestro sistema procesal, el actor podría pretender esa misma tutela con base en otros hechos o en otros fundamentos jurídicos, puesto que la causa de pedir es distinta. Sin embargo, por constituir un concurso propio de acciones, si se estima la demanda, la otra acción (con idéntica petición, pero con base en causa de pedir diversa) moriría por falta de interés jurídico: el interés ya fue satisfecho al concederse la tutela solicitada con anterioridad. Ejemplo de este tipo de acciones lo constituye la acción de resarcimiento de perjuicios basada, o bien en el contrato o bien en el deber genérico del “neminem laedere” del art. 1902 del Código civil; o la reclamación de un crédito documentado en una letra de cambio que puede ejercitarse, o bien con base en la acción cambiarla o bien con base en la acción declarativa o en la acción ejecutiva.

(13) “Sobre la cosa juzgada”, Madrid, 1991, págs. 86 a 90.

doble carga de aducir todas las posibles causas de pedir y de pasar por los efectos de la preclusión”. Ahora, en el nuevo texto legal, sí que existe esta norma expresa que hace recaer sobre el actor, a la hora de ejercitar su derecho a la concreta tutela judicial, la carga de alegar en la demanda todos cuantos hechos o fundamentos de derecho pudieran aducirse al tiempo de interponerse la demanda. Una segunda demanda, con un idéntico petitum a la primera, pero fundada en causa de pedir diversa (ya sea distinto el elemento fáctico, ya el normativo), no será admisible; y se puede alegar, en ese caso, cosa juzgada aunque en puridad no haya recaído juicio alguno sobre esa diversa acción y no se den las tres identidades hasta ahora necesarias (no hay identidad de causa), puesto que esta norma legal preclusiva así lo impone<sup>14</sup>.

Lo que no dice la nueva Ley al respecto es si esos diferentes hechos o esos diferentes fundamentos jurídicos que el actor tiene la carga de alegar en la demanda, configuran o no el objeto del proceso -aunque no hayan sido alegados-, de tal modo que se puedan hacer valer en trámites posteriores al de la fijación del objeto en la demanda y sin que pueda considerarse una “mutatio libelli”, o que el Juez pueda tenerlos en cuenta en su sentencia sin que supongan incongruencia de la misma.

Desde mi punto de vista, un tratamiento similar de esos elementos fácticos o jurídicos no alegados no sería razonable. De ser así, definitivamente habría de concluir que la causa de pedir no constituye elemento identificador de la pretensión, lo que es absurdo. Si el actor pudiera cambiar la demanda, o el Juez pronunciarse sobre hechos o razones jurídicas no aducidas sin cometer incongruencia, se estaría tergiversando los elementales principios procesales, y lo que es más grave, se estaría sumiendo a un demandado en la más absoluta indefensión al no poder contradecir los argumentos que han de servir para fundar una sentencia en su contra.

Que la causa de pedir de una concreta acción la configura el concreto supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas que a ese relato fáctico se anudan y que el actor alega, lo corrobora la nueva

(14) En nuestra Ley de enjuiciamiento civil vigente, una norma de cierre semejante es el art. 1538 referida a la oposición de terceros en el proceso de ejecución, a tenor de la cual no se permitirá en ningún caso segunda tercería que se funde en títulos o derechos que poseyera el que la interpone al tiempo de formularla.

regulación contenida en la Sección Segunda del Capítulo VIII, del Título V, Libro I, con la rúbrica “De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos”, artículos 209 a 216. En ellos, tras establecer los arts. 209 a 211 la vinculación de los Jueces en sus resoluciones a los hechos alegados por las partes, impone el art. 212 que los asuntos se decidan “de conformidad con las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente alegadas por las partes, siempre que sus pretensiones manifiesten la voluntad de acogerse a aquéllas, sin que pueda el Tribunal apartarse de la causa de pedir y resolver con fundamentos jurídicos distintos de los que las partes hayan querido hacer valer”. El examen de esta norma nos llevaría demasiado lejos. Sólo quiero resaltar la importancia que la fundamentación jurídica alegada por la parte tiene a efectos delimitadores del objeto del proceso y, en consecuencia, de la congruencia de la sentencia.

En conclusión, estimo que esta norma preclusiva contenida en el número 6 del art. 291 sólo va referida a la imposibilidad de iniciar nuevo proceso entre las mismas partes y con el mismo petitum. Es decir, supone una alteración de las condiciones hasta ahora necesarias para que opere la cosa juzgada. Sólo los sujetos y el petitum; la causa de pedir únicamente tiene relevancia cuando no hubiera podido alegarse en el pleito anterior. De este modo se expresa el art. 216 del Anteproyecto regulador de la cosa juzgada material, que en su párrafo 5 y remitiéndose expresamente a esta norma que comentamos (art. 291,6) dice que “se entenderá, a efectos de cosa juzgada, que los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un proceso son los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse éste” (será “en éste”, es decir, si pudieron alegarse en el juicio anterior).

Por lo tanto, la inclusión legal de esta norma de cierre lo único que hace es imponer al actor la carga procesal de alegar en su demanda cuantos hechos y razonamientos jurídicos pudieran desencadenar la pretensión de tutela que solicita; de tal modo que, si no los alega, la cosa juzgada operará también sobre ellos. Pero estimo que esta norma no incide en la identificación objetiva de la acción que se ejercita: ésta vendrá definida o identificada por los tres clásicos elementos examinados.

La explicación de esta norma -que, repito, no afecta a la identificación del objeto del proceso, sino que actúa como carga para el actor y tiene reflejo en la institución de la cosa juzgada- hay que

conectarlo con el más amplio planteamiento de política legislativa acerca de la función que hoy día debe cumplir el proceso y de la averiguación de qué interés social subyace en las tendencias que pretenden delimitar los litigios. Y en este sentido hay que preguntarse<sup>15</sup> Si no es más conveniente para la sociedad y para los sujetos pasivos de los procesos el que la cosa juzgada cubra lo que, de hecho, no se ha juzgado, per sí se ha podido juzgar hasta cierto momento, según los límites temporales de la cosa juzgada. Se estaría, pues, ante una interpretación amplia de la tradicional máxima “la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible”. “Lo deducible” serían los hechos que resultaren conocidos al tiempo de interponerse la demanda, y los fundamentos jurídicos que hubieran podido hacerse valer; sin que “sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”. Se pretende con ello evitar multiplicidad de procesos, cuando sería más racional solventar un litigio en un solo proceso.

Como valoración final -y no sé si un poco apresurada-, tengo que decir que, sin dejar de considerar la bondad para la administración de justicia en general de una tal norma, pienso que va a propiciar confusión en su aplicación. Es verdad que la sentencia pasada en autoridad e cosa juzgada va a precluir de forma amplísima la posibilidad de una nueva demanda para plantear nuevos argumentos (fácticos o jurídicos) que habrían podido ser planteados en el anterior litigio. Pero ¿no va a crear dudas respecto de la identificación de la causa de pedir? Si no se tiene bien claro que una cosa es la identificación de los elementos definidores de la acción (que siguen siendo los mismos), y otra distinta las identidades necesarias para que opere en un segundo proceso la cosa juzgada producida en uno anterior, con consecuencias jurídico procesales diversas, la confusión aludida se producirá. Lo que hay que comprender bien es que la regulación de la cosa juzgada y de sus límites objetivos ha sufrido una fundamental reforma.

En efecto, el art. 1252 del Código civil, que, como es sabido, especifica las tres identidades necesarias para que la cosa juzgada opere en un proceso posterior, queda derogado en el Anteproyecto por la Disposición Derogatoria Segunda. Y, sacada esta institución procesal del Código civil -como tenía que ser-, queda ahora regulada en el art. 216 de la Ley procesal. Una más completa y científica regulación de esta institución se contiene ahora en los cinco números del art. 216.

(15) Con DE LA OLIVA, “Sobre la cosa juzgada”, cit., pág. 93.

Pues bien, respecto de los límites objetivos de la cosa juzgada, o lo que es lo mismo, respecto de las identidades objetivas necesarias para que opere la cosa juzgada en su función negativa o excluyente, los párrafos 1 y 3 de este art. 216 manifiestan que ésta se producirá cuando el objeto del ulterior proceso sea idéntico al del proceso en que la cosa juzgada se produjo. Es decir, se exige identidad de objeto. Y el objeto de la cosa juzgada que se produjo en el primer proceso, dice el párrafo 1 de este art. 216 “alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados segundo y tercero (será primero y segundo) del art. 306 de esta Ley (es decir, a las excepciones de compensación de nulidad del negocio en que se funda la pretensión del actor, esgrimidas por el demandado).

Si comparamos el vigente art. 1252 Código Civil con el art. 216 del Anteproyecto, se puede concluir que en esencia los límites objetivos de la cosa juzgada alcanza a la identidad de objetos de ambos procesos, tal como expresa el art. 216.3: “objeto idéntico”. Pero sin embargo, el Anteproyecto amplía los límites objetivos de la cosa juzgada al declarar expresamente que las excepciones del demandado relativas a la compensación y a la nulidad de los negocios jurídicos quedan también cubiertas por la cosa juzgada, así como los hechos y los fundamentos jurídicos que -aunque no se hubieren alegado en el proceso en que la cosa juzgada se produjo- hubieren podido alegarse. Es en este punto, pues, en donde el Anteproyecto ha introducido mayor novedad: “lo deducible” queda cubierto también por la cosa juzgada, y no podrá intentarse un nuevo pleito -con identidad de petitum y de sujetos- fundado en una causa de pedir (hechos y fundamentos jurídicos) que, aunque distintos, hubieran podido aducirse en el proceso anterior: la cosa juzgada cubre por entero lo deducido y lo deducible.

La solución que los Tribunales den, a partir de la nueva regulación de esta institución, a concretas cuestiones que se planteen, va a ser bien diversa de lo que hasta ahora se venía, con mayor o menor seguridad, haciendo. Pensemos, a modo de ejemplos, en unos casos resueltos por nuestra Jurisprudencia:

- Se ejercita en un primer proceso una acción de reclamación de cantidad en concepto de préstamo, y en un segundo proceso se solicita esa misma tutela y con base en los mismos hechos, pero basando el actor su petición en un enriquecimiento injusto. El Tribunal Supremo, en S. de 25 de Junio de 1982, estimó que no exis-

tía identidad de objeto y casó la sentencia de la Audiencia.

- En la S. de 12 de Mayo de 1982, el Tribunal Supremo entendió que no existía identidad de causa, pues mientras que en el pleito anterior se operó únicamente la petición indemnizatoria sobre la base del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de accidente de circulación, en el pleito actual la base de la acción lo era un seguro voluntario.

- En la S. de 11 de Octubre de 1991, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia que estimó cosa juzgada; y entendió que no existía identidad de causa cuando con base en los mismos hechos, en el primer proceso se ejercitó una acción de responsabilidad extracontractual fundada en el art. 1902, y en el proceso posterior se ejercitó una acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones del arrendador.

- En la S. de 10 de Febrero de 1984, el Tribunal Supremo entendió que no existía identidad de causa a efectos de fundar la excepción de cosa juzgada por ser distinto el motivo legal en que la acción se fundaba: en el primer proceso se solicitó la nulidad de la donación por inoficiosidad o excesividad, de los arts. 634 y 636 del Código Civil, y en el segundo proceso la causa de nulidad se basaba en la falta de aceptación de los donatarios a que se refieren los arts. 623 y 633 del Código Civil.

Sin duda, la resolución de los casos anteriores hubere sido otra de existir una norma como la que introduce el Anteproyecto.

#### *4. Procesos con pluralidad de objetos. La acumulación de acciones.*

Los artículos 292 a 296 del Anteproyecto regulan de forma más completa a los vigentes arts. 153 a 159 la posibilidad de que en un mismo proceso se sustancien y decidan acciones diversas (porque tienen algún elemento identificativo diferente) que guardan entre sí una conexión.

En estos artículos, el Anteproyecto regula la denominada "acumulación inicial de acciones", esto es, la posibilidad de que el actor en su demanda ejercite diversas acciones. La posibilidad de que el demandado introduzca nuevas acciones en el proceso a través de la institución de la reconvencción lo contempla el Antepro-

yecto en los artículos 304, 305 y 307, en sede de contestación a la demanda. A ese momento nos remitimos para tratar de esta posibilidad cumulativa de objetos procesales. Ahora, pues, nos vamos a referir a la llamada acumulación inicial.

En la vigente regulación, la Ley de enjuiciamiento civil, aunque la reconoce, no distingue con claridad los tipos posibles de acumulación: subjetiva y objetiva, según que las acciones que se ejercitan de modo conjunto difieran por los sujetos o por el objeto litigioso. Ahora, el art. 292 del Anteproyecto se refiere expresamente a la acumulación objetiva de acciones; y el art. 293, a la subjetiva.

A) Respecto de la *acumulación objetiva de acciones*, el art. 292 en sus párrafos 1 y 2 reproduce los vigentes artículos 153 y 154: se posibilita la acumulación de dos o más acciones cuando sean idénticos los sujetos de ellas, pudiendo variar el petitum y la causa de pedir. El único límite a esta acumulación es que las diversas acciones no sean incompatibles entre sí, de tal modo que se excluyan o sean contrarias, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra.

Evidentemente, la LEC está haciendo referencia aquí a la denominada "*acumulación simple*", o lo que es lo mismo, a la suma de acciones que se ejercitan para que el Juez las otorgue todas. De ahí ese límite a la incompatibilidad sustantiva completamente lógica.

Pero nuestra LEC no regula ningún otro tipo de acumulación objetiva distinta de la acumulación simple<sup>16</sup>. Sin embargo, la Doctrina científica y la práctica de los Tribunales vienen aceptando con completa normalidad la posibilidad de acumulación eventual o subsidiaria; esto es, la posibilidad de que el actor ejercite una serie de acciones incompatibles entre sí pero no con el fin de que el Juez le otorgue la suma de ellas, sino estableciendo un orden de prioridad: que en el caso de no estimarse la acción principal, se estime la eventualmente acumulada. Por ello es por lo que en este tipo de acumulación no se exige la incompatibilidad material entre ellas, porque, por propia esencia, podrán ser incompatibles. Pues bien, este tipo de

(16) Sólo las reglas 14, 15 y 16 del art. 489, relativo a las normas sobre determinación del valor de las demandas, aluden a los distintos tipos de acumulación. Estas normas se introdujeron cc,n la Ley de Reforma Urgente de la LEC, de 1984.

*acumulación objetiva eventual* viene regulada en el n° 3 del art. 292 del Anteproyecto: “Sin embargo (es decir, a pesar de ser incompatibles), el actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquélla otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada”.

El Anteproyecto no alude a ningún otro tipo de acumulación inicial objetiva: ni a la acumulación accesoria, ni a la acumulación alternativa. ¿Quiere esto decir que conscientemente el Legislador las ha querido excluir?

La *acumulación accesoria o sucesiva* se produce cuando, ejercitadas diversas acciones, una de ellas -la accesoria- aun siendo una acción autónoma y distinta de la acción principal, sólo es posible su estimación previa la de la acción principal. Se trata aquí del ejercicio simultáneo de dos o más acciones con objetos distintos, pero no incompatibles, en donde “se formula un pedimento subordinado a la estimación de otro que le precede, de tal suerte que si no se accede al primero, el segundo no tiene sentido”<sup>17</sup>. Dicha acumulación no es sino una especie del género acumulación simple<sup>18</sup>, en la que alguna o algunas de las acciones ejercitadas, las accesorias, están condicionadas a la estimación de otra, la acción principal.

En la práctica es frecuente este tipo de acumulación (por ejemplo, se ejercita una acción de rendición de cuentas y se acumula la petición de que se entregue el saldo resultante; se pide una condena a entregar determinada cantidad de dinero, y se acumula la petición de los intereses de esa cantidad) y los Tribunales la admiten abiertamente<sup>19</sup>. Si en el Anteproyecto no figura de modo expreso este tipo de acumulación quizá se deba a que, al ser una especie del género acumulación objetiva simple y exigir sustantiva y procesalmente los mismos requisitos de actuación que aquella acumulación (porque también aquí hay suma de acciones), el Legislador ha considerado superflua su expresa regulación. Prueba de ello es que

(17) PRIETO CASTRO, “Acumulación de acciones”, en Rev. Der. Proc., 1956, pág. 15.

(18) DIEZ-PICAZO JIMENEZ, “La acumulación de acciones en el proceso civil”, en El objeto del Proceso Civil, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, pág. 59.

(19) Véase, por ejemplo, la S.T.S. de 4 de Marzo de 1981.

sí se refiere a este tipo de acumulación el art. 249 del Anteproyecto referido a las reglas sobre determinación de cuantía en el caso de procesos con pluralidad de objetos. Y en este sentido, la regla segunda hace referencia al supuesto en que “con la acción principal se pidan accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios”.

Sin embargo, y respecto de la problemática *acumulación alternativa de acciones*, todos los indicios parecen llevar a la conclusión de que en el Anteproyecto se ha querido excluir este tipo de acumulación de una vez por todas. Se dice que se da esta modalidad de acumulación<sup>20</sup> cuando el actor ejercita dos o más acciones pero con la particularidad de que la petición no se extiende al conjunto de los dos objetos, ni a uno en defecto de admisión de otro, sino sólo a uno u a otro; y el Juez ha de pronunciarse, no sobre todos ellos, sino sobre uno de tales objetos (¿el que elija?). PRIETO CASTRO<sup>21</sup> afirma que, en principio, esta acumulación es inadmisibile, y sólo es procedente cuando se trate de reclamar por causa de una obligación de esta clase. Y aun en estos supuestos, dice FERNANDEZ LOPEZ<sup>22</sup>, aunque potencialmente competan al actor dos acciones, sólo puede ejercitar una; y esta elección debe hacerla o antes del proceso o en la propia demanda. La razón de esta inadmisibilidad se debe a la falta de concreción del petitum (con la consiguiente posible merma de defensa para el demandado) y a la falta de lógica que supone dejar en manos, no se sabe si del Juez o del demandado, la elección de la acción.

Pues bien, ante esta discutida categoría de acumulación<sup>23</sup>, el silencio del Anteproyecto es elocuente. Y lo es más si se analiza con detenimiento los preceptos que se refieren a la acumulación de acciones.

(20) Sobre ella, puede verse TAPIA FERNANDEZ, “La concurrencia de responsabilidad...”, págs. 182 y ss. y la bibliografía allí citada.

(21) “Acumulación de acciones”, cit., pág. 12.

(22) “Derecho Procesal Civil” (con DE LA OLIVA), 1995, T. II, pág. 99.

(23) A pesar de que, en alguna ocasión, se ha querido ver una aceptación jurisprudencial de esta categoría de acumulación (SS.T.S. de 28 de Marzo de 1922; 9 de Abril de 1924; 7 de Diciembre de 1977; 5 de Enero de 1980). Sin embargo, desde mi punto de vista, estas sentencias, leídas con detenimiento, lo único que demuestran es una confusión por parte del Tribunal Supremo entre pretensiones alternativas y pretensiones subsidiarias, totalmente admisibles estas últimas, como se ha dicho.

En efecto, el n° 3 del art. 292, expresivo, como se ha dicho, del tipo de acumulación eventual o subsidiaria, impone al actor que, al acumular en su demanda acciones eventuales, exprese la acción principal y aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada. Entiendo que el Legislador ha querido evitar la confusión reinante en el foro acerca de este tipo de acumulación y la acumulación alternativa; y admitir el supuesto de acciones incompatibles entre sí sólo en el caso de la expresamente prevista acumulación eventual. Del mismo modo, el n° 5 del art. 291, que va referido al contenido de la demanda, dice que “cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente”. Como se observa, el primer inciso alude a la acumulación simple o suma de acciones; el segundo, a la acumulación subsidiaria.

Por otra parte, con ocasión de regular los casos especiales para determinar la cuantía en el caso de procesos con pluralidad de objetos, el art. 294 del Anteproyecto se refiere expresamente a la acumulación simple, a la acumulación subsidiaria (“de manera que la estimación de una suponga la desestimación de la otra”), y a la acumulación accesorio. Y guarda un significativo silencio respecto de esta otra categoría de acumulación.

B) El art. 293 del Anteproyecto recoge el supuesto de la *acumulación subjetiva de acciones*: el actor puede acumular en una misma demanda acciones diversas porque diferentes son los sujetos: “uno contra varios o varios contra uno”.

El vigente art. 156 de la LEC permite ampliamente esta acumulación. Y no sólo la pura acumulación subjetiva, es decir, dos o más acciones con idéntico objeto pero con sujetos disitintos, sino también permite la denominada acumulación mixta: sujetos distintos y distinto petitum. Sólo exige la Ley que la causa de pedir de las diversas acciones sea idéntica. La exigencia legal de identidad de título o causa de pedir plantea los antedichos problemas relacionados con una cuestión de principio: ¿en qué consiste la causa de pedir? ¿Cuándo hay identidad de causa de pedir entre dos acciones?

En orden a este tipo de acumulación subjetivo-objetiva de acciones, el Tribunal Supremo no sólo ha mostrado vacilación, sino amplia contradicción. Basta examinar los casos resueltos por la S.

de 22 de Marzo de 1982, en la que el T.S. no apreció conexión jurídica, sino “mera homogeneidad, insuficiente para fundar, según los términos del art. 156 la acumulación efectuada”; y la S. de 12 de Junio de 11985, donde en un supuesto a mi juicio menos claro que el anterior, declaró el T.S. que “por razones de economía procesal y de conveniente examen en un solo litigio justifican el tratamiento unitario de la resolución conjunta, evitando decisiones discrepantes”.

Verdaderamente, la acumulación en un único proceso de acciones tan dispares, sólo conectadas por el título o razón de pedir, propicia una complejidad extraordinaria en los litigios que no justifica las razones de la institución de la acumulación (economía procesal y coherencia lógica de las resoluciones). Consciente de ello el Legislador del Anteproyecto, ha reducido las posibilidades de acumulación cuando los sujetos de las varias acciones sean distintos a los solos supuestos de que “exista un nexo por razón del objeto y del título o causa de pedir”. Entiendo que al aludir al “objeto” el Legislador se está refiriendo al petitum (aunque, en recta doctrina, el objeto engloba el elemento petitum y el elemento causa de pedir). Por tanto, el petitum y la causa de pedir han de ser conexos en sendas acciones.

Si por causa de pedir entendemos no sólo los hechos en los que se basa la tutela jurídica que se solicita, sino también las consecuencias jurídicas que se anudan a esos hechos y que provocan el reconocimiento a favor del actor de la tutela pedida, es claro que este tipo de acumulación es extraordinariamente restrictivo y prácticamente inexistente (Téngase en cuenta que en los casos de litisconsorcio o de obligaciones solidarias no existe diversidad de objetos procesales, sino un único objeto procesal atribuible activa o pasivamente a una pluralidad de sujetos. Sólo en el caso de obligaciones mancomunadas se podría pensar en una acumulación de este tipo; o en el caso de las obligaciones “in solidum” donde se puede establecer la individual responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el evento dañoso).

Pero no es de este modo como el Legislador del Anteproyecto configura la causa de pedir. Por lo menos, a efectos de la acumulación subjetiva de acciones. El párrafo 2º del art. 293 dice que “se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”; lo que quiere decir, por tanto, que si los hechos y los “petita” de las diversas

acciones son idéntico o conexos (¿es lo mismo?), se pueden acumular acciones que difieran en los sujetos y en la fundamentación jurídica. Por ejemplo, el actor podrá acumular demandas dirigidas contra diversos demandados en solicitud de indemnización de perjuicios basados en idénticos (¿o conexos?) hechos, pero a unos en virtud de contrato y a otros en virtud de culpa extracontractual. Ello quiere decir, desde mi punto de vista, que este tipo de acumulación requiere que de los elementos identificadores de la acción, sea idéntico el petitum de las varias acciones y además el elemento fáctico de la causa de pedir; pudiendo variar, por tanto, los sujetos y el elemento jurídico de la causa de pedir.

*C) Requisitos procesales y procedimiento de la acumulación.*

Los artículos 294 a 296 se refieren a las limitaciones de carácter procesal que, en esencia, son las mismas que establece el vigente art. 154:

- que el Juez sea competente por razón de la materia y de la cuantía litigiosa (art. 294.1.1°).

- que las acciones se hayan de ventilar en juicios de la misma naturaleza (art. 294.1.2°); entendiéndose que son de la misma naturaleza el juicio ordinario y el verbal, de tal modo que a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal.

- que como momento procesal preclusivo para la acumulación inicial de acciones se establece el de la contestación a la demanda (art. 295.1); y que si el actor acumula nuevas acciones después de presentada la demanda y hasta tanto no sea contestada, el plazo para contestar se volverá a contar desde el traslado del escrito de ampliación de la demanda (art. 295.2).

Como novedad, el art. 294.1.3° del Anteproyecto prohíbe expresamente la acumulación cuando se ejerciten acciones de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, acciones sobre propiedad intelectual, marcas, patentes, competencia desleal y publicidad ilícita. Y tampoco en los casos en que se ventilen acciones de impugnación de acuerdos de sociedades mercantiles y de cooperativas (art. 294.2). Pero en estos últimos casos, el inciso segundo del

nº 2 del art. 294 impone<sup>24</sup> la necesaria acumulación de todas las acciones de anulabilidad y nulidad que tengan por objeto el mismo acuerdo, para lo cual no se dará curso a la demanda hasta que no haya transcurrido el plazo de caducidad que establece la Ley de Sociedades Anónimas.

Si no se cumplen todos estos requisitos, el demandado puede oponerse a la acumulación defectuosa en el escrito de contestación a la demanda (art. 296.1). Esa oposición habrá de ser motivada, como expresa el art. 317. Si es así, el Juez, en la comparecencia, oirá al actor sobre la acumulación controvertida y resolverá “in voce” sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación. Resuelta la acumulación<sup>25</sup>, seguirá el proceso su curso respecto de la acción o acciones que, según la resolución judicial, puedan constituir el objeto del proceso (art. 317). La acumulación de acciones admitida producirá el efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia (art. 296.2).

*NOTA:* Obviamente se produce una acumulación de acciones y por ello se sigue un procedimiento con pluralidad de objetos, cuando el demandado, además de contestar a la demanda formula *reconvención*. Aunque la reconvención propiamente supone una nueva acción introducida por el demandado en el proceso ya iniciado, acumulándola a la acción ejercitada por el actor, y por tanto, su sede lógica de estudio sería ésta de la acumulación de acciones o de procedimientos con pluralidad de objetos, sin embargo, por razones de sistemática, examinaremos esta institución en sede de contestación a la demanda.

##### *5. La contestación a la demanda. Las excepciones materiales. La reconvención.*

La Sección Tercera del Capítulo II del Título I, Libro Segundo del Anteproyecto, regula en sus artículos 303 a 307, la contestación a la demanda, esto es, la oposición del demandado frente a las pretensiones del actor con el fin de negar o desvirtuar los hechos y

(24) Tal exigencia ya existe, si bien al margen de la Ley procesal. La recoge la Ley de Sociedades Anónimas.

(25) Art. 324.1. Contra esta resolución, la parte legitimada puede recurrir en apelación en un solo efecto si dispuso “el sobreseimiento” del asunto (esto es, de la acción incorrectamente acumulada a juicio del Juez), y reposición si la resolución dispuso “la continuación” dle proceso (es decir, de la acción acumulada).

pretensiones aducidas por éste y verse así absuelto de la demanda interpuesta frente a él. En los mencionados artículos el Anteproyecto recoge las posibles posturas del demandado frente a la demanda. Y así:

a) el art. 303.1 se refiere a la oposición de fondo a las pretensiones del actor “aduciendo las excepciones que viere convenirle”. Son las *excepciones materiales*;

b) el art. 303.2 impone al demandado la carga de admitir o negar abiertamente los hechos aducidos por el actor. Si no lo hace así, sino que da respuestas evasivas o calla, el Tribunal podrá considerar admitidos los hechos perjudiciales. Tres son, pues, las posibilidades para el demandado ante los hechos narrados por el actor como constitutivos de su pretensión:

a’) *admitir los hechos*. La consecuencia será el tenerlos como probados y la omisión de las restantes fases del procedimiento y pasar directamente a la resolución (el art. 326, referido a la comparecencia, prevé que las partes estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas: el Juez dictará sentencia dentro de veinte días a partir del siguiente al de la terminación de la comparecencia).

b’) *negar los hechos*; lo que significa la carga para el actor de probar todos y cada uno de los hechos alegados.

c’) *silenciar los hechos* aducidos por el actor o da *respuestas evasivas*: el Juez podrá tenerlos por admitidos (“ficta confessio”).

c) el art. 303.3 prevé la posibilidad de que el demandado al contestar ponga de relieve los defectos procesales que obstan a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo. Son las *excepciones procesales*;

d) el art. 304 prevé la formulación de nuevas pretensiones por el demandado mediante la institución de la *reconvención*;

e) no se regula en esta sede (sino en el Título III del Libro Segundo, ars. 499 y siguientes) la falta de personación del demandado ante el emplazamiento para su comparecencia en los autos. El art. 499 señala que “será declarado en rebeldía el demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la cita-

ción o emplazamiento”. A efectos de la fijación del objeto del proceso, la *rebeldía* no supone conformidad del demandado con la pretensión del actor, ni admisión de los hechos de la demanda (art. 499.2). Esto significa, por tanto, que el actor habrá de acreditar los hechos en que funda su pretensión de tutela.

De entre estas posibilidades o posiciones con que puede el demandado enfrentarse a la demanda interpuesta en su contra, sólo me voy a referir a la alegación de excepciones materiales (art. 303.1) y la introducción por el demandado de nuevas acciones mediante el instituto de la reconvención (art. 304), por ser ambas formas de fijación del objeto del proceso por parte del demandado, al suponer la introducción de hechos materiales nuevos en el debate.

A) *Las excepciones materiales.* De modo muy genérico, el art. 303.1 dice que “en la contestación a la demanda ... el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, aduciendo las excepciones que viere convenirle”. Se trata, por tanto, de alegar los argumentos que fundamenten la oposición a lo pretendido por el actor; lo que se conoce como excepciones de fondo o materiales.

Como es sabido, las excepciones son hechos nuevos que introduce el demandado en el proceso con el fin de restar eficacia y virtualidad a los alegados por el actor. Este tipo de hechos que puede alegar el demandado y que constituyen su defensa frente a los alegados por el actor como constitutivos de su pretensión, pueden ser de distinta naturaleza. Y así, es clásica la distinción doctrinal -recogida por nuestra Jurisprudencia- que diferencia entre hechos extintivos, impeditivos y excluyentes según se trate de alegar circunstancias sobrevenidas que eliminan, en todo o en parte, los efectos de los hechos constitutivos de la pretensión actora (*hechos extintivos*); o de hechos que, sin tener la función de dar vida a una determinada relación jurídica, son esenciales para la existencia de la misma, de tal modo que, si faltan, impiden a los hechos constitutivos desenvolver su normal efecto creador de aquella relación (*hechos impeditivos*); o hechos (ya extintivos, ya impeditivos en esencia) que originan un contraderecho del demandado dirigido a enervar el derecho del actor (*hechos excluyentes*).

Sabido es también que desde el punto de vista conceptual, el comportamiento en el proceso de estos diversos tipos de hechos que

el demandado puede alegar para verse absuelto de la demanda es distinto según se trate de hechos extintivos o impeditivos, o de hechos excluyentes. Si el demandado alega hechos impeditivos o extintivos está atacando la base misma de la acción ejercitada; está argumentando que la acción no existe, que el derecho del actor hecho valer en juicio o bien nunca nació al mundo jurídico por la presencia de un hecho impeditivo o bien que nació pero posteriormente quedó extinguido por un hecho extintivo. En ambos casos lo que se pone de manifiesto es la inexistencia del derecho y, por ende, la falta de fundamento de la pretensión actora. El demandado no aporta, así, nada nuevo al proceso en cuanto que estas defensas no encuentran su fundamento en un derecho distinto y contrapuesto a la acción<sup>26</sup>. Pero si el demandado alega hechos excluyentes, está reconociendo la existencia misma de la acción y su eficacia, si bien para enervarla opone un derecho suyo al derecho del actor. Son hechos, pues, constitutivos de un derecho de impugnación -tendientes a impugnar el derecho de acción- pertenecientes a la categoría de los derechos potestativos.

El comportamiento en el proceso de unos u otros hechos no puede ser el mismo, porque es evidente que una cosa es que el demandado se defienda alegando y probando que el derecho del actor a la tutela que reclama no existe (introduciendo hechos impeditivos o extintivos), y otra distinta reconociendo la existencia y validez de la acción pero oponiendo hechos que fundamentan un derecho autónomo para el demandado, un contraderecho de impugnación de la acción (hechos excluyentes). En el primer caso (esto es, alegación de hechos impeditivos y extintivos) es evidente que puesto que el actor ha de acreditar que concurren todos los hechos constitutivos de su pretensión (y, consecuentemente, que no existen circunstancias que impidan o extingan la relación jurídica aducida), al demandado le bastaría con adoptar una actitud pasiva, pues no es él quien tiene la carga de la alegación y prueba de la inexistencia de la acción, sino que es el actor quien tiene la carga de la alegación y prueba de su existencia. En el segundo caso, puesto que la acción existe y es eficaz hasta tanto el demandado no oponga un derecho suyo autónomo, un contraderecho de impugnación, y puesto que los derechos se han de hacer valer por su titular si quiere y en la medida que quiera, es evidente que el demandado tendrá la carga de alegar y probar los hechos excluyentes capaces de enervar la acción.

(26) ESCOBEDO, "L'eccezione in senso sostanziale", 1927, pág. 35.

De no ser así, el Juez no podrá tomarlos en consideración aunque hubiera constancia de ellos en el proceso.

Este diverso juego de los hechos en el proceso, que fundan las excepciones del demandado (impropias si se basan en hechos impositivos o extintivos; propias si se fundan en hechos excluyentes), correcto desde el punto de vista conceptual y doctrinal<sup>27</sup> no es tan claro y diáfano en el terreno de la práctica. Es verdad que el actor será el que deba alegar y probar no sólo los hechos constitutivos de su pretensión, sino asimismo la ausencia de circunstancias que impidan la eficacia jurídica del derecho del actor o que lo extingan. Lo que ocurre es que -como se ha dicho<sup>28</sup>- hay razones de peso para aliviar al actor de una carga que sería para él desmedida: alegar y probar la inexistencia de hechos extintivos e impositivos. Por ello, siguiendo el principio de normalidad jurídica, se admite que sea el demandado el que deba poner de manifiesto la existencia de hechos que extingan o impidan la eficacia de los hechos constitutivos alegados por el actor. Cuestión distinta (que afecta a las reglas de distribución de la carga de la prueba) es que, si no se alegan y prueban por el demandado, pero constan en los autos por cualquier causa, el Juez pueda apreciar estos hechos de oficio.

Respecto de la carga de la alegación y prueba de los hechos que fundan las excepciones (propias o impropias del demandado), el vigente art. 1214 del Código Civil, interpretado unitariamente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido manifestando que es el demandado el que tiene la carga de probar qué hechos -sin distinción- extinguen, impiden o enervan la eficacia de los hechos constitutivos del actor. Y el art. 211 del Anteproyecto recoge esta idea (mejorada en su dicción: ya no se habla de la prueba de las obligaciones, como la vigente norma civil) manifestando que “incumbe al demandado ... la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior” (esto es, a los hechos constitutivos de la demanda). Es, pues, el demandado el que tiene la carga de alegar y probar todos los hechos (sin distinción) que obstan de una u otra manera a la prosperabilidad de la pretensión actora.

(27) Véase ESCOBEDO, op. cit., y prácticamente toda la doctrina procesal posterior.

(28) M.A. FERNANDEZ, “Derecho Procesal Civil”, cit., 1995, T. II., pág. 90.

A todos estos hechos, indiscriminadamente, el art. 303.1 del Anteproyecto los denomina “excepciones”: “En la contestación a la demanda... el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, aduciendo las excepciones que viere convenirle”.

En cualquier caso, los distintos hechos que fundan las excepciones del demandado no amplían el objeto del proceso fijado por el actor, se limitan a aniquilar, restar eficacia o enervar la acción ejercitada, pero siempre dentro del terreno marcado por los límites de la acción. Los límites de la acción son los límites de la excepción. Las excepciones no amplían los límites de la contienda jurídica. Se amplían si se incluyen nuevas particiones; y en este caso, ya no estaría el demandado excepcionando, sino reconviniendo. El campo de actuación de la excepción es muy preciso y sustancialmente limitado: el que excepciona pretende que se declare la inexistencia del derecho ajeno (el del demandante) no la existencia del propio. Y esto es así no sólo cuando el demandado alega excepciones impropias, basadas en hechos extintivos o impeditivos; sino también cuando opone propias excepciones, fundadas en hechos excluyentes. Incluso en estos casos, aunque el demandado oponga hechos fundamentadores de un contraderecho suyo frente al actor, un derecho “per se stante” capaz de originar acciones autónomas, aun en estos casos de alegación de hechos excluyentes, el contraderecho del demandado alegado lo hace valer con el fin de conseguir la enervación de la acción; su eficacia de anulación no tiene más límites que la acción ejercitada por el actor; porque la introducción de este tipo de hechos en el proceso, aunque supongan la aportación de nuevos materiales fácticos (los que constituyen el contraderecho de impugnación del demandado), sin embargo no aumentan el objeto litigioso, la concreta tutela jurídica que el actor hacer valer.

De este modo, cuando el Juez resuelva el litigio, le bastará con declarar en la parte dispositiva de la sentencia la existencia o inexistencia de la pretensión actora; no habrá de pronunciarse de modo expreso sobre esos hechos alegados por el demandado. La Jurisprudencia del T.S. es constante en esta idea: el órgano judicial no comete incongruencia si no se pronuncia sobre las excepciones del demandado, ya que se entienden desestimadas en cuanto que se acoge la demanda actora.

De la misma manera, es doctrina reiterada que los efectos de la cosa juzgada no alcanza a las excepciones, ya ésta sólo cubre la

declaración de existencia o inexistencia de la tutela jurídica pedida<sup>29</sup>. La cosa juzgada, dice el Tribunal Supremo<sup>30</sup>: se forma sobre la parte dispositiva de la sentencia y no sobre sus fundamentos; de tal modo que las excepciones no requieren pronunciamientos en la sentencia condenatoria, bastando que se fundamente debidamente en los considerandos su desestimación<sup>31</sup>.

Si bien este planteamiento genérico acerca de las excepciones materiales y de los distintos tipos de hechos que fundan aquellas excepciones es el generalmente admitido -con mayor o menor vacilación- por la Doctrina científica y por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, existen no obstante dos tipos de excepciones propias (fundadas, por tanto, en hechos excluyentes) que merecen un tratamiento porcesal específico, por sus especiales características. Me refiero a la excepción de compensación y a las excepciones que se basan en el derecho de impugnación de los negocios jurídicos.

B) Especial consideración de la *excepción de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda*. El art. 306 del Anteproyecto.

De entre todas las excepciones propias, tanto la compensación como la excepción de nulidad (o impugnación, en general) de un negocio jurídico, desde siempre han merecido una consideración aparte. En efecto, la alegación por el demandado de cualquiera de ellas con el solo fin de verse absuelto de la demanda (y sin solicitar declaración expresa del crédito compensable ni de la nulidad del negocio con efectos irrevocables) hace que se consideren verdaderas excepciones. Pero, sin embargo, es obvio que ambas suponen rebasar los límites de la acción ejercitada por el actor. Si reclamada una cantidad de dinero, el demandado opone, para pedir su absolución, la existencia de otro crédito suyo compensable o la nulidad de la relación jurídica en la que basa el actor su petición, no se puede

(29) Sobre la cosa juzgada y las excepciones, véase DE LA OLIVA, "Sobre la cosa juzgada", cit., págs. 188 y ss. TAPIA FERNANDEZ, "Efectos objetivos de la cosa juzgada", en Los efectos del proceso, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, págs. 186 y ss. ID., "La compensación en el proceso civil", Madrid, 1988, págs. 194 y ss.

(30) ss de 9 de Mayo de 1980; 10 de Abril de 1984; 17 de Julio de 1986; 21 de Julio de 1988; 26 de Enero de 1990, 27 de Noviembre de 1992; 15 de Diciembre de 1993.

(31) ss. T.S. de 27 de Diciembre de 1945; 12 de Mayo de 1964; 26 de Diciembre de 1979; 11 de Julio de 1983; 17 de Mayo de 1984; 20 de Marzo de 1986; 3 de Noviembre de 1993.

decir que los, hechos nuevos introducidos por el demandado en el proceso no aumenten los límites de la controversia. Pues el demandado no está defendiéndose alegando que la cantidad reclamada por el actor fue pagada, o condonada, o renunciada ..., sino que lo que alega en el proceso es que él es titular de otro crédito diverso contra el actor o que la relación jurídica originadora de ese crédito es ineficaz. Efectivamente, tales alegaciones aumentan los límites de la controversia, pero en la medida en que el demandado las hace valer para enervar la demanda sin solicitar petición alguna que signifique un plus sobre su mera absolución, se consideran como verdaderas y propias excepciones<sup>32</sup>.

Por tratarse de un tipo especial de excepciones propias, que tienen en común con la excepción no pretender más que la declaración de ineficacia del derecho del actor; y que tienen en común con la reconvencción el fundarse en un derecho del demandado que se asienta sobre un material fáctico no cubierto por los límites de la acción, ampliando por ello los límites de la contienda jurídica, es por lo que se les ha venido denominando “excepciones reconvenccionales”<sup>33</sup>.

El tratamiento procesal de este tipo de excepciones venía siendo confuso. Para PRIETO CASTRO<sup>34</sup>, “ni se la puede situar (la compensación) resueltamente dentro del concepto de excepción material ni cabe sin discusión en el ámbito reconvenccional”. Como con acierto se ha dicho<sup>35</sup>, “con los datos que ofrece nuestro Derecho positivo la solución al problema es muy difícil”.

(32) Así, las SS. T.S. de 9 de Noviembre de 1959; 8 de Junio de 1965; 24 de Mayo de 1969; 21 de Octubre de 1980; 7 Junio de 1983; 12 de Abril de 1985.

(33) La distinción entre excepciones simples -si rechazan la demanda adversa sin alargar el ámbito de la controversia- y las excepciones reconvenccionales -si, por el contrario, introducen en la litis un elemento nuevo y amplían los límites de la controversia- es recogido por MORTARA, “Commentario del Codice e dalle leggi di procedura civile”, T.II, págs. 106 y ss. DENTI, “In tema di eccezioni riconvenzionali”, in Giur. It., 1964, I, 1, pág. 119. SATTA, “Diritto Processuale Civile”, 1981, nota 92 a la pág. 50. Y entre nosotros, DE LA PLAZA, “Derecho Procesal Civil Español”, Madrid, 1944, pág. 365. Otros autores, sin embargo, consideran perturbadora esta distinción. Así, CHIOVENDA, “Principios de Derecho Procesal Civil, Trad. Sentís, ed. 1922, T. I, Págs. 320, dice que “la frase excepciones reconvenccionales puede parecer una contradicción, puesto que excepción y reconvencción son términos antitéticos. Es verdad que el demandado puede provocar la declaración de derechos diferentes de aquellos que ha hecho valer el actor, ampliando el alcance de la cosa juzgada ..., pero en estos casos se trata de verdaderas demandas reconvenccionales”.

(34) “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Pamplona, 1985, T. I., pág. 514.

(35) M.A. FERNANDEZ LOPEZ, “Derecho Procesal Civil”, con DE LA OLIVA, Madrid, 1995, T. II, pág. 92.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en ocasiones, como se ha reseñado anteriormente, reconocía que se podía alegar en juicio la compensación mediante excepción, sin necesidad de reconvenir; en otras ocasiones, por el contrario, consideraba que el único medio de hacer valer la compensación en juicio era mediante el ejercicio por parte del demandado de una reconvención<sup>36</sup>.

Y de manera semejante se trataba en el proceso la alegación por el demandado de la nulidad de la relación jurídica en que se fundaba la reclamación actora. Así, el T.S., en S. de 24 de Mayo de 1969, declaró que “para oponer con éxito a una demanda la petición de nulidad en que ésta se apoya, no es imprescindible acudir a la vía reconvencional provocando el nacimiento de un proceso objetivamente cumulativo dentro del originariamente nacido, sino que puede obtenerse dicho resultado mediante la invocación de una excepción perentoria dirigida a enervar o destruir en ese mismo sentido la acción ejercitada, sin ningún otro pedimento ... según se proclamó por la jurisprudencia de esta Sala que permitió aducir por vía de excepción la resolución de los contratos (Sentencia de 9 de Noviembre de 1959) e incluso su nulidad en el supuesto de que entre ella y la petición del actor fuera de estimar una conexión tan sólida y directa que el acogimiento de la primera implicaría la repulsa de la segunda”<sup>37</sup>.

Y el mismo criterio contiene la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de Marzo de 1984, en la que el Tribunal acogió el amparo solicitado en cuanto el recurrente no obtuvo la tutela judicial efectiva y sufrió indefensión al negarse el Juez de Distrito (competente para conocer de la demanda en la que reclamaba el importe de dos letras de cambio de cuantía inferior a cincuenta mil pesetas) a conocer de la alegación del demandado referente a la nulidad del negocio causal subyacente que amparaba un total de seis letras de cambio de las que sólo se reclamaba el pago de dos de ellas. El Juez de Distrito entendió que no tenía competencia para conocer de la cuestión relativa al negocio causal subyacente porque rebasaba los límites cuantitativos atribuidos a la competencia de los

(36) Véase TAPIA FERNANDEZ, “La compensación en el proceso civil”, cit., págs. 172 y ss., y la jurisprudencia allí citada.

(37) Posteriores sentencias han recogido este criterio: SS. de 2 de Junio de 1989; 19 de Febrero de 1992, etc.

Juzgados de Distrito, y condenó al demandado al pago de la cantidad reclamada. Confirmada la sentencia por la Audiencia, el demandado recurrió ante el Tribunal Constitucional en demanda de amparo alegando que al negarse el Juez a conocer de la excepción alegada (la nulidad del contrato causal) le produjo indefensión, con violación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24. En esta sentencia, pues, el T. Constitucional parte de la base de que la alegación de nulidad de los negocios jurídicos constituye una excepción, por lo que el Juez que conoce de la acción debe también conocer de la excepción, aunque no sea competente para conocer de ella por razón de la cuantía.

Sin embargo, en otras resoluciones, la Jurisprudencia del T.S. ha considerado que la nulidad del contrato opuesta por el demandado constituye una reconvención<sup>38</sup>.

Como se observa, la especial naturaleza de este tipo de excepciones (que, repito, tienen en común con la reconvención el que amplían el ámbito de la controversia, y en común con la excepción el que el demandado las alega con el único fin de verse absuelto de la demanda) ha propiciado una considerable vacilación en su tratamiento procesal y una consecuente inseguridad jurídica.

Si de excepciones se tratara, no tendrían virtualidad para limitar la competencia del Juez; ni habrían de ser expresamente resueltas en la sentencia; no cometería incongruencia el Juez que se limitara a omitirlas sin pronunciamiento expreso; ni los límites de la cosa juzgada habrían de extenderse por lo general a ellas.

Si, por el contrario, tales alegaciones supusieran verdaderas reconvenciones, las cuestiones anteriormente expuestas habrían de resolverse de forma totalmente distinta.

La anteriormente expuesta es la situación vigente respecto de este especial tipo de excepciones. Veamos, a continuación, cómo se ocupa el Anteproyecto de ellas y cómo resuelve los problemas apuntados.

El art. 306 del Anteproyecto expresamente establece el tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funda la demanda.

(38) SS. de 10 de Marzo de 1990; 30 de Septiembre de 1991.

En el número 1, el art. 306 trata de la alegación por el demandado de un *crédito compensable* frente al actor; tanto si el contra-crédito lo opusiera con la única pretensión de verse absuelto de la demanda, como si además pidiese la condena del actor al saldo que a su favor pudiera resultar. En ambos casos<sup>39</sup> dice el Anteproyecto que “dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción”, es decir, en el plazo de veinte días a partir de la demanda reconvenccional (art. 305) y con el contenido y forma de la contestación a que se refiere el art. 303.

Evidentemente, “si la cuantía del crédito compensable alegado por el demandado fuera superior al del límite de la competencia objetiva del Tribunal o a la cuantía que determine el procedimiento que se siga”, dice el párrafo segundo de este número 1 del artículo 306, “el Tribunal tendrá por no hecha tal alegación, adviriéndolo así al demandado, para que, si viere convenirle, use su derecho ante el Tribunal y por los trámites que corresponden”. Se trata de aplicar los límites procesales a la admisión de cualquier reconvencción: “no se admitirá reconvencción cuando el Juzgado carezca de competencia ... o cuando la acción que se ejercita deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza”.

Por lo tanto, si el demandado opone compensación (ya sea como excepción con el único fin de verse absuelto de la demanda, ya como reconvencción solicitando la condena del actor a bonar el plus en que sobrepasa el crédito compensable), de dicha alegación se habrá de dar traslado al actor para que la conteste y se sustanciará y resolverá como una verdadera demanda reconvenccional (art. 307), de tal manera que la sentencia que se dicte tendrá que resolver expresamente sobre la compensación (bajo sanción de incongruencia por omisión de pronunciamiento -art. 213.1-) y el pronunciamiento de la sentencia relativo a la compensación tendrá fuerza de cosa juzgada (art. 306.3 y 216.1).

(39) Con anterioridad a lo regulado en el Anteproyecto, el primer caso se venía considerando como excepción, y el segundo como reconvencción, con el consecuente diverso tratamiento procesal para ambas instituciones.

El número 2 del art. 306 se refiere al caso en que el demandado “adujese en su defensa hechos determinante de la nulidad del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor” cuando “en la demanda se hubiese dado por supuesta la validez del negocio”. En este caso, “el actor podrá pedir al Juez, que así lo acordará” contestar dicha alegación en el plazo y forma de la contestación a la reconvención. Así contestada, se sustanciará y resolverá como una verdadera reconvención; la sentencia que se dicte habrá de resolver expresamente sobre la nulidad del negocio alegada (bajo sanción de incongruencia), y la sentencia que se pronuncia sobre esta nulidad tendrá fuerza de cosa juzgada material.

Vemos, pues, cómo este art. 306 hace mención expresa a estas dos excepciones reconventionales tan especiales. Y cómo resuelve su tratamiento en el proceso como si de verdaderas alegaciones reconventionales se tratase. No obstante el acierto de esta norma, conviene hacer unas precisiones.

En primer lugar, dejar constancia de que el Anteproyecto no califica las alegaciones de compensación y de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. Por la sistemática empleada (:el art. 303 alude a las excepciones; los arts. 304 y 305 a la reconvención; y el art. 306 a la alegación de compensación y de nulidad) parece que el Legislador ni opta por considerarlas excepciones ni verdaderas reconversiones, aunque -como se ha visto- éste sea su tratamiento procesal. Quizá, aunque el Anteproyecto no lo diga, sea conveniente volver a la concepción de las excepciones reconventionales.

Pero es más, el art. 307, el último de la Sección tercera, referida a la contestación a la demanda y a la reconvención, dice textualmente: “Las pretensiones que deduzca el demandado en la contestación y, en su caso, en la reconvención, se sustanciarán y resolverán al propio tiempo y en la misma forma que las que sean objeto de la demanda principal”. “Las pretensiones” ... de la contestación y de la reconvención. No dice “las excepciones” y “las pretensiones”, en su caso, de la reconvención. Se está refiriendo, por tanto, no a las excepciones propias, sino a la compensación y a la nulidad del negocio jurídico, y las califica de “pretensiones” que deduce el demandado (o, lo que es igual, nuevas acciones introducidas por el demandado en su contestación).

Y todavía más. Al referirse el art. 216 del Anteproyecto a los

límites objetivos de la cosa juzgada de la sentencia firme, dice en su párrafo primero que “la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados segundo y tercero<sup>40</sup> del art. 306 de esta Ley”. Por tanto, la cosa juzgada abarca: a) a las pretensiones de la demanda; b) a las pretensiones de la reconvención; c) a los puntos referentes a la compensación y a la nulidad del negocio jurídico. De nuevo se observa el interés del Legislador por diferenciar estas alegaciones de las pretensiones reconvencionales, aunque su tratamiento procesal sea similar.

La segunda observación que se podría hacer con la detenida lectura de estos preceptos, consiste en plantear si el Legislador ha dado idéntico tratamiento a la alegación de la compensación y a la de la nulidad del negocio jurídico; esto es, si las expresiones utilizadas en los números 1 (referido a la compensación) y 2 (referido a la nulidad) del art. 306 propician un similar tratamiento procesal de ambos. El n° 1 dice que alegada por el demandado la existencia de crédito compensable, “dicha alegación *podrá ser controvertida* por el actor” en la forma prevenida para la contestación a la reconvención; mientras que el n° 2 habla de que “el actor podrá pedir al Juez que así lo *acordará*”, contestar a la alegación de nulidad del negocio.

La duda que se puede plantear con la diversa dicción legal en uno y otro caso es la de si, alegadas las referidas excepciones reconvencionales, el actor habrá de pedir y el Juez conceder un plazo para contestarlas (el plazo establecido para la contestación a la reconvención); o si esto último sólo es aplicable a la alegación de nulidad, mientras que para la alegación de compensación sigue rigiendo el impulso de oficio sin necesaria petición de parte.

No parece que el Legislador haya querido dar un trato distinto a dos situaciones similares, por lo que me inclino por considerar que en ambos casos, alegada por el demandado compensación o nulidad del negocio jurídico en que se funde la pretensión actora, el Juez, en vez de convocar a las partes a la comparecencia que prevé el art. 312, deberá mandar notificar la contestación de la demanda al actor para que éste solicite, y el Juez acuerde contestar a la alegación de nulidad o de compensación en el mismo plazo establecido para contestar a la reconvención.

(40) Será los apartados primero y segundo; en otro caso, no tiene sentido alguno.

¿Qué ocurriría si el Juzgado, sin observar el contenido de la contestación, y puesto que no se formuló reconvencción en la forma prevenida en el art. 304, ordena convocar a las partes a la comparecencia sin dar traslado de la contestación al actor?. Puesto que se trataría de una circunstancia que pueda impedir la válida prosecución del proceso (ya que si el actor no tiene oportunidad de ser oído sobre una cuestión que el Juez va a resolver con carácter definitivo, se produce la indefensión proscrita por el art. 24 de la Constitución), se puede hacer valer en la comparecencia o apreciarla el Juez de oficio; en este caso, puesto que la falta es subsanable, se deberá declarar la nulidad de las actuaciones y reponer los autos al momento procesal de tener por contestada la demanda y dar traslado de ella al actor para que conteste las referidas alegaciones (art. 221).

Para finalizar el examen de este artículo, y como ya he dicho anteriormente, el n° 3 del art. 306 prevé la exigencia de resolución expresa en la sentencia sobre las alegaciones de compensación y nulidad del negocio jurídico. Esta exigencia de resolución expresa se justifica porque los pronunciamientos sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada tanto en su función negativa como positiva.

La tercera cuestión que quería plantear sobre el tratamiento procesal especial de estas excepciones reconconvencionales se refiere al supuesto en que la cuantía del crédito compensable o de la total relación jurídica cuya nulidad alega el demandado pudiera superar la competencia del Juez o el procedimiento por el que se tramita la demanda. En el caso de la compensación, el párrafo 2° del n° 1 del art. 306 prevé que el Tribunal tenga por no hecha tal alegación y advierta al demandado para que use de su derecho ante el Tribunal y por los trámites que correspondan. Este tratamiento es lógico si se piensa que el demandado que intenta verse absuelto de la demanda no opone hechos que enerven eficazmente los alegados de adverso, sino que la alegación de crédito compensable significa que el demandado reconoce como válido y eficaz el crédito del actor, pero que a su vez hace valer otro crédito suyo, independiente y autónomo, frente al del actor.

Sin embargo, referida la cuestión a la alegación de nulidad del negocio jurídico, el razonamiento no sería válido. Si se impidiera al demandado defenderse de la reclamación actora alegando en su defensa la nulidad de la relación jurídica base de la reclamación, se le estaría propiamente privando de su derecho a la tutela jurídica

con evidente indefensión, como reconoció el Tribunal Constitucional en la sentencia de 6 de Marzo de 1984 ya comentada.

Aunque la Ley no lo contemple, pienso que en este caso, el demandado podrá alegar la referida nulidad del negocio jurídico a los solos efectos de su defensa, aunque el Juez no sea competente o aunque el procedimiento seguido no sea el adecuado a esa alegación de nulidad. El Juez no tendrá obligación de resolver expresamente sobre ella, sino que basta que la analice en los razonamientos jurídicos como base para fundar su decisión sobre la reclamación actora; y la sentencia que se pronuncie sobre dicha reclamación actora no tendrá efectos de cosa juzgada en cuanto a la cuestión planteada (la existencia o no de la relación jurídica en que se basa la demanda), puesto que sólo lo ha sido a los meros efectos prejudiciales. La nulidad del negocio jurídico habrá de ser planteada en otro proceso con los requisitos de competencia y adecuación de procedimiento que el sistema establece.

No es la solución más eficaz, per sí la más justa de entre las que el ordenamiento procesal ofrece. Es verdad que se podría llegar al absurdo de considerar el Juez que conoció de la nulidad a los solos efectos prejudiciales como defensa del demandado que tal relación jurídica existe y es eficaz; y en el juicio donde se plantee como cuestión sustentadora de la demanda la nulidad, considerar el Juez que la misma relación jurídica es nula. Pero esta contradicción lógica de las sentencias resulta preferible a la quiebra de los principios procesales y de todo el sistema en general.

C) *La reconvención*. Supone la introducción en el proceso de nuevas acciones por parte del demandado en su escrito de contestación. La reconvención es una demanda nueva y autónoma que ejercita el demandado contra el actor. Por tanto, su encuadre sistemático reside en el instituto de la acumulación de acciones: el demandado introduce nuevo objeto en el procedimiento iniciado, para que se sustancie conjuntamente con el objeto fijado por el actor y se decida en la sentencia que ponga fin a ese procedimiento.

Como ya he tenido ocasión de decir en otro lugar<sup>41</sup>, de la escasa y dispersa regulación legal se hace difícil establecer una delimitación precisa de esta institución. Los preceptos legales que a ella

(41) TAPIA FERNANDEZ, "La reconvención. Límites. Jurisprudencia", Valencia, 1994.

se refieren<sup>42</sup> vienen a establecer los requisitos formales aplicables a cualquier acumulación de acciones; pero no definen los límites objetivos y subjetivos de esta nueva demanda introducida por el demandado, dejando así planteados numerosos problemas.

A falta de norma expresa, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre puntos concretos, perfilando así una relativamente completa -si bien en ocasiones contradictoria- configuración de la reconvención.

Veámos, a continuación, cuáles han sido las principales cuestiones que se han venido reiterando en la práctica de los Tribunales, y cómo el Anteproyecto de LEC las ha intentado resolver.

Los problemas más frecuentes que plantea la “nueva demanda” introducida por el demandado, vienen referidos a dos órdenes de cuestiones, materiales y procesales. Dentro de los primeros, las dudas surgían : a) si el demandado puede ejercitar cualquier pretensión frente al actor, aunque ésta no tenga nada que ver con la pretensión actora; b) cuándo se considera que el demandado no se contenta con defenderse dentro de los límites de la demanda actora, sino que introduce en el proceso un nuevo objeto litigioso (mediante la reconvención); c) concretar si los sujetos de la nueva acción reconvencional han de ser exactamente los mismos de la acción inicial, aunque en posiciones cruzadas (primitivo demandado contra primitivo actor).

Con relación a los problemas procesales que esta figura plantea, la principal cuestión afecta a la forma de la reconvención.

De forma extraordinariamente breve, examinaremos cada una de las cuestiones apuntadas.

a) Con relación a la primera cuestión, esto es, si la acción reconvencional habrá o no de ser conexa con la acción principal, la situación actual es la de que ante el silencio legal vigente, que no impone límites a la nueva acción por parte del demandado, se permite que la reconvención tenga cualquier objeto material posible.

(42) Arts. 542-544 (para el juicio de mayor cuantía); 688,689 y 691 (para el de menor cuantía), 715 y 716 (para el juicio verbal), arts. 45 y 46 del Dr. de 21 de Noviembre de 1952 (regulador del juicio de cognición), además de la alusión a la reconvención en sede de competencia en los arts. 55 y 63.4<sup>a</sup>.

Se admite así en nuestro sistema procesal, sin ninguna exigencia de conexión material con la acción instauradora del litigio<sup>43</sup>. Es ésta la denominada “reconvención inconexa”, reconcocida ampliamente desde antiguo por nuestra jurisprudencia<sup>44</sup>. La justificación que se daba a esta amplitud objetiva de la acción reconvencional era la de facilitar el ejercicio de cualquier pretensión autónoma que pudiera tener el reo contra el actor, por economía procesal y para paliar la dificultad de acudir a los Tribunales dada la escasez de medios de comunicación.

Sin embargo, estas razones no justifican hoy día este tipo de reconvención, ya que las desventajas que produce (desnaturaliza el cauce procesal, complica innecesariamente los procedimientos) son mayores que las utilidades que reporta. La extraordinaria complicación de las actuaciones procesales, la progresiva lentitud de nuestra justicia, la propia actitud de un demandado falto de razón que utiliza cualquier mecanismo procesal a su alcance para entorpecer y complicar el proceso, son razones a tener en cuenta para propiciar una revisión en este sentido.

Y la revisión deseada la realiza el Anteproyecto en su art. 304.1, inciso segundo: sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal. Es evidente que la “conexión de pretensiones” a que alude la norma es la conexión objetiva causal: que exista relación causal entre la acción principal y la que acumula el demandado mediante el ejercicio de la reconvención; que ambas traigan causa de unos hechos conexos o de un título jurídico conexo. La conexión, pienso, no puede ser de “petita” de ambas acciones; pues sería impensable que el demandado solicitara del Juez por vía reconvencional la misma tutela jurídica pedida por el actor, aunque con fundamento o causa diverso.

(43) Esta amplitud objetiva de nuestro sistema choca con los diversos ordenamientos europeos, que exigen una particular relación causal entre ambas acciones. Así, el art. 70 del C.P.C. francés, o el parágrafo 33.I de la Z.P.O. alemana.

(44) ss. T.S. de 14 de Enero de 1891; 20 de Diciembre de 1896; 27 de Diciembre de 1940; 4 de Marzo de 1961; 30 de Septiembre de 1991.

b) El segundo problema que plantea la reconvencción consiste en delimitar cuándo el demandado no se limita de defenderse (negando los hechos aducidos por el actor o alegando excepciones), sino que ejercita nueva acción contra el actor (reconviniendo). En este punto, el problema de límites entre la actividad del demandado que se defiende de la demanda introduciendo excepciones o introduciendo un nuevo objeto procesal para que el Juez se pronuncie sobre él con carácter irrevocable, ha surgido en la práctica con relación a tres tipos de alegaciones del demandado:

a') cuando el actor solicita la declaración negativa de un derecho del demandado y éste pide la desestimación de la demanda, la sentencia que desestime la demanda está "negando la inexistencia", esto es, afirmando la existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al demandado<sup>45</sup>. Pero si el demandado, además de pedir la desestimación de la demanda, pide una *declaración negativa del derecho alegado por el actor*, entonces está reconviniendo. Se estará en esta situación cuando el demandado, ejercitada por el actor una acción negatoria de servidumbre, pide la declaración de inexistencia de tal servidumbre; o cuando, solicitado el cumplimiento de un determinado negocio jurídico, el demandado pide la declaración de existencia del mismo.

En estos casos, el Tribunal Supremo unas veces ha entendido que no existe reconvencción<sup>46</sup>, y en otras ocasiones y en supuestos similares en los que el demandado solicitaba la declaración contradictoria del derecho invocado, el T.S. entendió que se trataba de una reconvencción implícita<sup>47</sup>.

(45) CHIOVENDA, "Principios de Derecho Procesal Civil" (Trad. Casals Santaló), Madrid, 1977, I, pág. 384.

(46) Así, en la S. de 2 de Julio de 1946, en la que se pidió el cumplimiento de un contrato y el demandado reconvino para instar su rescisión; y en la sentencia de 15 de Marzo de 1951, en la que, ejercitada acción negatoria deservidumbre, el demandado solicitó mediante reconvencción que se declare la existencia de dicha servidumbre.

(47) s. de 11 de Julio de 1983, en la que el actor pedía la resolución de un contrato y los demandados que se declarase su vigencia; o la de 14 de Diciembre de 1991, donde solicitada por el actor la elevación del contrato a escritura pública, el demandado se opuso pidiendo que se declarase inexistente el contrato litigioso, y subsidiariamente pagada la deuda.

Entiendo que estos supuestos dudosos de constituir o no reconvencción<sup>48</sup>, aunque silenciados en el Anteproyecto, tienen mejor solución con la redacción del art. 304.6 del Anteproyecto, que prohíbe, como se verá a continuación, la “reconvencción implícita”, de modo que ya no habrá el juzgador de bucear en el suplico de la contestación a la demanda para averiguar si el demandado se limitó a negar el fundamento de la acción y por ello a pedir su absolución; o si, además, solicitó un “plus” de esa mera absolución y por ello reconvino. En este sentido, el art. 304.3, inciso segundo claramente indica que “En ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la demanda principal”.

b’) Cuando el demandado se defiende alegando hechos nuevos constitutivos de excepciones de las que hemos denominado “reconvencionales”: la de *impugnación de los contratos* y la *excepción de ocmpensación*, el art. 306 del Anteproyecto las trata como si de verdaderas reconvencciones se tratase, como he apuntado en páginas anteriores. Por lo tanto, de tales alegaciones habrá de darse traslado al actor para que las conteste; el Juez deberá resolverlas en la sentencia con pronunciamiento expreso; y la decisión del Juez sobre esos puntos tendrá efectos de cosa juzgada.

c’) El Anteproyecto no hace mención al supuesto en que se debata en juicio una *liquidación de cuentas*; y es éste un tema que viene produciéndose con frecuencia y propiciando soluciones judiciales contradictorias. Cuando el “*thema decidendi*” del proceso es una liquidación de cuentas entre las partes con el consiguiente reconocimiento de la deuda por la diferencia, unas veces el Tribunal Supremo ha dicho que el pedimento del demandado al respecto no entraña verdadera reconvencción, pues “se trata de una simple liquidación de cuentas pendientes entre actor y demandado” (S. de 14 de Marzo de 1990); mientras que, por el contrario, en otras ocasiones, el T.S. ha decidido que el demandado alega una compensación y que ésta debe solicitarse reconviniendo (S. de 31 de Octubre de 1988).

(48) Que, en todo caso y con la legislación vigente habrá que resolver según sea la petición del demandado: si éste contradice el fundamento mismo de la demanda, solicitando su absolución, no hace más que negar la acción; y la sentencia que acoja la negativa del fundamento de la acción y le absuelva, le reconoce la certeza de no estar nunca más sometido a la acción adversaria. Pero si, además, pide la declaración negativa o contradictoria del derecho alegado por el actor, ello implica el ejercicio de una acción por parte del demandado; y la sentencia que resuelva esa petición autónoma, le proporciona una resolución definitiva con efectos de cosa juzgada.

Desde mi punto de vista, verdadera compensación sólo existe cuando las deudas y créditos recíprocos entre las partes nacen de títulos diferentes; y no cuando lo que se dan son obligaciones bilaterales y recíprocas surgidas de un mismo vínculo contractual. Así lo expresa con toda claridad la importante S. del T.S. de 7 de Junio de 1983<sup>49</sup>. No creo, por tanto, que en estos casos de discusión sobre liquidación de cuentas surgidas de un único vínculo contractual, se haya de estar a lo establecido en el art. 306 del Anteproyecto y dar traslado al demandado para que conteste, con el consiguiente efecto de tener que ser decidido expresamente en la sentencia.

c) La tercera cuestión que el Anteproyecto resuelve con acierto, desde mi punto de vista, hace referencia a los sujetos de la acción reconvenzional.

En el sistema vigente, por vía jurisprudencial se ha venido estableciendo que únicamente puede ser actor reconvenzional el demandado en la acción principal; y sólo puede ser demandado reconvenzional el demandante originario.

Establecidos así los sujetos de la acción reconvenzional, no han cesado de surgir problemas, sobre todo con relación a los sujetos pasivos de la demanda reconvenzional; problemas que el Anteproyecto aborda, siquiera parcialmente.

Con relación al actor reconvenzional nada dice el Anteproyecto, por lo que cabe entender que de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, sólo lo podrá ser el demandado primitivo. Ni el interviniente adhesivo, ni el interviniente "provocado" podrán hacer valer en el proceso una nueva acción frente al primitivo actor.

Sin embargo, respecto de los posibles demandados reconvenzionales, el Anteproyecto contiene una importante norma, el art. 305.1, que va paliar los problemas derivados de la situación actual, tan rígida e inflexible en este aspecto.

(49) Y también, aunque con menos claridad, las SS. T.S. de 27 de Mayo de 1983; 17 de Mayo de 1984; 29 de Noviembre de 1977; 5 de Febrero de 1976.

En efecto, la Jurisprudencia viene entendiendo que es requisito inexcusable que la reconvencción se dirija contra el demandante originario y sólo contra él, es decir, que ni se pueda dirigir contra un tercero extraño al pleito entablado, ni siquiera contra un sujeto que es parte en el pleito, pero no actora: se prohíbe la reconvencción frente a codemandados<sup>50</sup>.

No obstante, en los procesos de tercería -donde es frecuente que el demandado, ejecutante en el proceso de ejecución de que dimana la tercería, se oponga a la demanda alegando la nulidad del título del tercerista- el Tribunal Supremo, aunque de modo muy contradictorio y con razonamientos diversos, ha venido admitiendo como excepción que esa pretensión de nulidad que ejercita el demandado de tercería (ejecutante en el proceso de ejecución) vaya dirigida contra la parte acatara y un codemandado (el ejecutado en el proceso de ejecución).

Además, en estos casos en que el demandado en tercería solicita la nulidad del título en que se basa el tercerista, es frecuente que hayan de ser sujetos demandados de esa reconvencción personas ajenas al pleito, pero ligados al tercerista por vínculos de solidaridad.

Problemas similares pueden surgir cuando se ejercitan acciones de responsabilidad por daños derivados de accidente de circulación, o daños por vicios en la construcción, o situaciones similares.

Para resolver los problemas que plantea la reconvencción dirigida contra el primitivo actor unido a terceros por vínculos de solidaridad, ya los Profesores de Derecho Procesal, en la obra "Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil", establecieron en el art. 420 la posibilidad de dirigir la demanda reconvenccional contra personas no originariamente demandantes, pero que se hallasen en situación de litisconsorcio con ella. Y ésta es la idea que ha recogido el art. 305.1 que establece que "la reconvencción podrá dirigirse también contra sujetos no demandantes, siempre que se hallen en situación de litisconsorcio con el demandante por su relación con el objeto de la demanda reconvenccional". Queda así resuelto el problema planteado en los juicios de tercerías, donde el

(50) SS. T.S. de 16 Febrero 1950; 21 Mayo 1969; 27 Junio 1988; 29 Julio 1991; 29 Febrero 1992; 5 Marzo 1992; 13 Mayo 1992 ... etc.

demandado ejecutante podrá pedir la nulidad del título en que se basó la tercera dirigiendo su pretensión frente al tercerista y demás personas participantes en aquel negocio jurídico. Y lo mismo cuando el demandado, en un accidente de circulación reconviene solicitando se le abonen los daños sufridos frente al primitivo actor y su compañía aseguradora (hasta ese momento ajena al proceso).

Sin embargo, silencia el Anteproyecto la posibilidad de que la acción reconvenzional la dirija el demandado frente a otros codemandados - situación frecuente en los casos de responsabilidad civil por daños en los que participaron varios agentes potencialmente dañosos. Pienso que sería conveniente una mención legal expresa en este sentido. De no ser así, la Jurisprudencia seguirá manteniendo su doctrina relativa a la imposibilidad de reconvenir frente a un codemandado.

d) Finalmente, y por lo que hace referencia a la forma de la reconvención, el Anteproyecto pretende acabar con el problema que plantea la denominada "reconvención implícita", admitida desde la más temprana jurisprudencia<sup>51</sup>, por entender que toda alegación del demandado que exceda de la mera solicitud de absolución de la demanda, ha de ser considerada como reconvención.

Los problemas surgidos de esta admisión de la reconvención implícita han sido muy numerosos: cuándo se entiende que el demandado está reconviniendo; quién y en qué momento delimita si el demandado está formulando verdadera reconvención; a quién corresponde la carga de averiguar que se han formulado nuevas acciones; qué ocurre si no se advierte, y el actor no puede defenderse contestando a esa reconvención ... etc.

Ante este cúmulo de problemas, la Doctrina viene siendo muy crítica con esta postura jurisprudencial, tachándola de "quebrantamiento innecesario del formalismo", que disminuye la seguridad jurídica y constituye un trampolín hacia el fraude. Quizá por ello, el Legislador del juicio de cognición, estableció en el art. 46 del Decreto de 21 de Noviembre de 1952 que "la reconvención se formulará en el mismo escrito de contestación, pero con la debida separación en cuanto a los hechos, fundamentos y pretensión que se

(51) SS. T.S. de 22 Junio 1914; 24 Abril 1918; 22 Enero 1930; 26 Febrero 1933; 30 Abril 1934; 23 Diciembre 1935, 6 Febrero 1936, 24 Mayo 1940 ... etc.

formule”. A partir de esta norma, se viene dando la curiosa situación de que sólo para el juicio de cognición se exige que la demanda reconvenicional adopte la forma de verdadera demanda, mientras que en los demás juicios declarativos se sigue aceptando la perturbadora “reconvenición implícita”.

El Anteproyecto recoge el clamor doctrinal en este punto y prescribe, en el art. 304.3, que “la reconvenición se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el art. 291. La reconvenición habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos”.

Con esta acertada norma, el Legislador está poniendo punto final a esa idea de que constituye reconvenición todo “plus” en el suplico de la contestación que suponga algo más de la mera solicitud de absolución. Por ello, considero superflua la norma contenida a continuación, esto es, en el art. 304.3, inciso segundo, según la cual “en ningún caso se considerará formulada reconvenición en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la demanda principal”.

