

LA EFICACIA EXCLUYENTE DE LA LITISPENDENCIA

JAIME VEGAS TORRES

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de La Rioja

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. FUNDAMENTO DE LA EXCLUSIÓN DE LA PENDENCIA SIMULTÁNEA DE VARIOS PROCESOS SOBRE EL MISMO OBJETO.- III. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA EXCLUSIÓN DE UN PROCESO POR ESTAR PENDIENTE OTRO PROCESO ANTERIOR SOBRE IDÉNTICA CUESTIÓN.- IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LITISPENDENCIA.

RESUMEN

La pendencia simultánea de varios procesos con idéntico objeto es un fenómeno perteneciente a la patología jurídica y, por tanto, si no puede ser evitado, debe ser eliminado, cuando llegue a producirse, estableciéndose al efecto los correspondientes remedios. Los ordenamientos procesales reaccionan frente a este fenómeno atribuyendo a la litispendencia un efecto excluyente de ulteriores procesos sobre idéntica cuestión. En el presente trabajo se analiza el fundamento de la eficacia excluyente de la litispendencia, así como los requisitos que han de concurrir para que se produzca y los cauces procesales por medio de los que se articula la exclusión del segundo proceso.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de litispendencia, en sentido amplio, alude a una situación jurídica que nace con el proceso y termina con él. La doctrina utiliza este concepto para referirse

al conjunto de efectos -de muy variada y heterogénea índole- que, de una u otra forma, pueden asociarse a la existencia de un proceso pendiente sobre un objeto determinado. Así entendida, la litispendencia puede ser un útil instrumento de comunicación, que es lo más que debe esperarse de los conceptos jurídicos. Bastará decir que, en relación con un determinado objeto procesal, existe litispendencia, para que se entiendan afirmados todos los efectos jurídicos -procesales y materiales- que a dicha situación se atribuyen, sin necesidad de relacionar pormenorizadamente todos y cada uno de los referidos efectos.

En un sentido más estricto, el concepto de litispendencia se utiliza para aludir a la situación que se produce cuando existen varios procesos pendientes sobre una misma cuestión litigiosa. El principio general que se aplica a estas situaciones es el de que un proceso no debe desarrollarse y, en cualquier caso, no debe terminar con un pronunciamiento de fondo, si existe otro proceso pendiente sobre el mismo objeto. Así, de la litispendencia, entendida como situación jurídica que se produce cuando existe un proceso pendiente sobre un concreto objeto procesal, se puede predicar una *eficacia excluyente*, que se proyectaría sobre cualquier proceso posterior con idéntico objeto, dando lugar, de ser posible, a su inmediata finalización y, en cualquier caso, a que concluya sin una decisión sobre el fondo del asunto. Sólo esta eficacia excluyente de la litispendencia será objeto de consideración en el presente trabajo.

II. FUNDAMENTO DE LA EXCLUSIÓN DE LA PENDENCIA SIMULTÁNEA DE VARIOS PROCESOS SOBRE EL MISMO OBJETO

Todos los ordenamientos jurídico-procesales civilizados establecen mecanismos -más o menos perfectos- tendentes a evitar la pendencia simultánea de más de un proceso sobre la misma cuestión. La simultánea pendencia de varios procesos con idéntico objeto se considera, pues, un fenómeno perteneciente a la patología jurídica y que, por tanto, si no puede ser evitado, debe ser eliminado, cuando llegue a producirse, estableciéndose al efecto los correspondientes remedios.

Es usual relacionar la eficacia excluyente de la litispendencia con la función negativa de la cosa juzgada material, atribuyendo a ambas instituciones procesales idénticos fundamento y finalidad. Se dice, en este sentido, que existe hoy litispendencia donde mañana existirá cosa juzgada¹, idea que permite concebir la eficacia excluyente de la litispendencia como una especie de anticipación de la función negativa de la cosa juzgada material. El fundamento de las dos instituciones sería el principio general de prohibición del *bis in idem*, y la finalidad de ambas, la de evitar la pluralidad de pronunciamientos jurisdiccionales sobre un mismo asunto, finalidad principal a la que se añadiría la secundaria de evitar la sustanciación de procesos inútiles, con beneficio evidente en términos de economía procesal.

Estas apreciaciones serían exactas si de verdad lo fuera el presupuesto que constituye su punto de partida, a saber, el de que donde hay litispendencia, necesariamente ha de haber en el futuro cosa juzgada material. Pero esta vinculación necesaria entre litispendencia y cosa juzgada no existe realmente. Basta considerar la

¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Derecho procesal práctico (con Rifá Soler y Valls Gombau), Madrid, 1998, vol. II, pág. 294.

hipótesis de que el proceso primeramente iniciado termine, por la razón que sea, sin pronunciamiento de fondo. Partiendo de esta apreciación, parece conveniente replantearse cuál es la relación que verdaderamente existe entre litispendencia y cosa juzgada y preguntarse si es posible seguir manteniendo que el fundamento y la finalidad de aquélla son coincidentes con los de esta última.

La cosa juzgada material surte sus efectos cuando hay un proceso pendiente sobre cuyo objeto existe ya un pronunciamiento jurisdiccional firme. En esta situación, la pendencia del ulterior proceso entraña un riesgo cierto de que pueda producirse un doble pronunciamiento jurisdiccional sobre el mismo asunto y puede afirmarse con seguridad que el segundo proceso es inútil. La función negativa de la cosa juzgada material queda, así, suficientemente justificada, por un lado, en la necesidad de impedir que este segundo proceso finalice con una decisión de fondo, eliminando el riesgo del *bis in idem*, y, por otro, en la conveniencia de evitar, en aras de la economía procesal, la sustanciación de un proceso inútil.

La existencia de dos procesos pendientes sobre el mismo objeto, situación en la que opera el efecto excluyente de la litispendencia, plantea problemas diferentes. Así, en primer lugar, puede observarse que la incoación de un segundo proceso cuando se encuentra pendiente otro sobre idéntica cuestión no supone, por sí sola, una amenaza cierta a la prohibición del *bis in idem*, ya que el primer proceso podría finalizar sin decisión de fondo y, en tal caso, ningún obstáculo existiría -desde la perspectiva del *non bis in idem*- para que se produjera un pronunciamiento jurisdiccional sobre el objeto del segundo proceso². En la misma medida en que es incierto el riesgo de doble pronunciamiento jurisdiccional, es incierta también la inutilidad del segundo proceso, que sólo podría afirmarse si el primero termina con decisión de fondo. Ahora bien, si está plenamente justificada, para garantizar el respeto del *non bis in idem* y para evitar el dispendio de esfuerzo procesal, la exclusión de un segundo proceso cuando éste entraña un riesgo cierto de doble pronunciamiento jurisdiccional y cuando puede afirmarse con seguridad la inutilidad del mismo, ¿cabe llegar a la misma conclusión cuando el proceso que se excluye puede no entrañar riesgo alguno desde la perspectiva del *non bis in idem* y puede no resultar, a la postre, inútil?

Desde nuestro punto de vista, en las situaciones de litispendencia, la exclusión radical del segundo proceso no queda suficientemente justificada por el riesgo que éste comporta de que se produzca un doble pronunciamiento jurisdiccional. La efectividad del *non bis in idem* se encuentra, de ordinario, suficientemente asegurada mediante la eficacia negativa de la cosa juzgada material. En efecto, estando pendientes simultáneamente dos procesos con idéntico objeto, bastaría con esperar a que uno de ellos terminara con sentencia firme sobre el fondo para que pudiera hacerse valer en el otro la cosa juzgada y evitar así el doble pronunciamiento jurisdiccional. La eficacia excluyente de la litispendencia sólo sería necesaria entonces en los casos -que serían raros en la práctica- en que fuera previsible que los dos procesos pendientes fueran a terminar de manera simultánea o con tanta proximidad en el tiempo que hiciera imposible hacer valer en el segundo la cosa juzgada material eventualmente producida en el primero. Esto quiere decir que, si el fundamento de la eficacia excluyente de la litispendencia fuera el principio de prohibición del *bis in idem*, tal eficacia debería

² Y lo mismo podría decirse si fuera el segundo proceso el que finalizara antes con una resolución que no decidiera sobre el fondo.

quedar condicionada a que fuera previsible la coincidencia temporal de la finalización de los dos procesos.

Aclarado que el potencial riesgo de doble pronunciamiento jurisdiccional que la simultánea pendencia de dos procesos sobre el mismo objeto entraña no justifica el radical efecto excluyente que se atribuye a la litispendencia, aún queda por despejar la cuestión de si tal efecto podría encontrar suficiente justificación en la posible -que no segura- inutilidad del segundo proceso. La situación de incertidumbre acerca de la utilidad del segundo proceso que en los casos de litispendencia se plantea podría resolverse teóricamente de dos diferentes maneras: a) consintiendo la simultánea sustanciación de los dos procesos hasta que el primero finalizase, momento en el que se decidiría acerca de la continuación o eliminación del segundo en función de que en el primero hubiese recaído o no sentencia de fondo, y b) excluyendo la sustanciación de un segundo proceso hasta que el primero haya finalizado. Pues bien, en nuestra opinión, la segunda solución es, con mucho, preferible a la primera, por razones de estricta economía procesal y buen orden y funcionamiento de la Administración de Justicia, razones que, por sí solas, suministran suficiente fundamento a la eficacia excluyente de la litispendencia.

Conviene advertir que la perspectiva adecuada para entender bien lo que se acaba de decir no es la de la que podría llamarse “microeconomía” procesal o economía del proceso concreto. En efecto, si se contempla la cuestión desde la perspectiva de los procesos concretos en los que se hace valer la eficacia excluyente de la litispendencia, no resulta ni mucho menos claro que tal eficacia se traduzca siempre en un ahorro de esfuerzo procesal. No es preciso acudir al laboratorio para imaginar casos en que la terminación de un proceso sin decisión de fondo en virtud de la eficacia excluyente de la litispendencia se puede traducir en dispendio o derroche de esfuerzo procesal. Así sucederá siempre que el proceso cuya pendencia determina la terminación sin decisión de fondo de otro proceso ulterior, termine, a su vez, sin pronunciamiento sobre el fondo.

Ahora bien, si se contempla la eficacia excluyente de la litispendencia desde la perspectiva de la economía del sistema procesal en su conjunto y del buen orden y funcionamiento de la Administración de Justicia, también considerada en su conjunto, son evidentes los beneficios que de dicha eficacia resultan. En efecto, la eficacia excluyente incondicionada de la litispendencia actúa como factor disuasorio de la incoación de ulteriores procesos sobre asuntos ya sometidos a la consideración de los Tribunales, evitando que se presenten demandas que, en caso de que no se atribuyera dicha eficacia a la litispendencia, llegarían, sin duda, a presentarse. El ordenamiento jurídico procesal no puede impedir que se presenten demandas relativas a asuntos que ya son objeto de un proceso pendiente³. Tampoco puede arbitrar mecanismos eficaces para que pueda controlarse, *in limine litis*, si una demanda se refiere o no a un asunto que ya está sometido a la consideración judicial. Lo único que se puede hacer es disuadir a los justiciables de que presenten demandas sobre asuntos que ya constituyen el objeto de un proceso pendiente y la mejor manera de lograr este efecto disuasorio es condenando de antemano al fracaso las referidas demandas. El efecto beneficioso, en

³ Ya lo apuntaba REDENTI, *Derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín, Buenos Aires, tomo I, pág. 361: “Puesto que el dar vida a un proceso depende en un primer momento del sujeto que quiera hacerse actor, no se puede impedir mecánicamente (*de facto*) que éste promueva varios procesos por una misma causa”

términos de “macroeconomía” procesal, de la eficacia excluyente de la litispendencia puede fácilmente calibrarse con sólo plantear la siguiente cuestión: si un segundo proceso sobre un asunto ya sometido a los Tribunales no estuviera de antemano condenado al fracaso, ¿no sería una medida de elemental prudencia presentar una segunda demanda cuando el demandado, al contestar a la primera, hubiera planteado cualquier excepción procesal que tuviera alguna posibilidad de prosperar?

Si la eficacia excluyente de la litispendencia determina la finalización de un proceso sin sentencia de fondo, conviene preguntarse si tal eficacia puede considerarse compatible con el derecho de los justiciables a la tutela judicial efectiva, cuya principal manifestación es, precisamente, el derecho a un pronunciamiento de fondo. Ciertamente, este último derecho no es incondicionado, sino que depende de la concurrencia de ciertos presupuestos y de la ausencia de ciertos óbices, de tal manera que, faltando alguno de aquellos o dándose alguno de éstos, el proceso debe terminar sin sentencia de fondo, sin que ello suponga lesión del derecho fundamental citado. La concreción de los presupuestos de los que depende el derecho a la sentencia de fondo y de los óbices que excluyen tal derecho corresponde, en principio, al legislador. Pero el legislador no goza de absoluta libertad en esta materia: sólo puede condicionar el pronunciamiento jurisdiccional de fondo a la concurrencia de presupuestos y a la ausencia de óbices que tengan una justificación razonable y constitucionalmente legítima, justificación a la luz de la cual no pueda considerarse desproporcionado ligar a la ausencia de tales presupuestos o a la presencia de tales óbices la drástica consecuencia de la denegación de la decisión de fondo. A la vista de las anteriores consideraciones cabe preguntarse si la litispendencia, en cuanto opera como óbice procesal, tiene una justificación razonable y si el efecto excluyente de la decisión de fondo en el segundo proceso puede considerarse proporcionado en relación con los fines que con dicho efecto se tratan de lograr.

He adelantado que, a mi juicio, la eficacia excluyente de la litispendencia encuentra suficiente fundamento en consideraciones de economía procesal. Pues bien, debe decirse de antemano que la consecución de la economía procesal no justifica, con carácter general, la denegación del derecho al pronunciamiento de fondo. Es esta la razón por la cual entiendo que no podría condicionarse la admisibilidad de una demanda a un enjuiciamiento, *in limine litis*, acerca del fundamento de la misma, por muy beneficioso que fuera, en términos de “macroeconomía” procesal, que se pudieran rechazar de plano peticiones de tutela jurisdiccional que ya desde el primer momento aparecen como manifiestamente infundadas.

Ahora bien, en el caso de la litispendencia, las consideraciones de economía procesal no cierran el camino a la obtención de la tutela jurisdiccional ya que, precisamente, la litispendencia opera porque tal camino ya se encuentra abierto en un proceso y lo único que la eficacia excluyente de la litispendencia determina es que, estando ese camino ya abierto, no pueda abrirse simultáneamente otro. La litispendencia, a diferencia del resto de los defectos y óbices procesales, no se traduce en una negación del derecho actual del demandante a obtener la tutela jurisdiccional, y no se niega ese derecho porque se parte precisamente de que el mismo puede existir y encontrar satisfacción en el proceso ya pendiente. Lo único que podría decirse de la eficacia excluyente de la litispendencia es que supone la denegación de un derecho del justiciable a un segundo proceso ante la eventualidad de que el primero termine sin decisión de fondo. Pero este derecho, a nuestro juicio, no existe. No puede darse al

derecho a la tutela judicial efectiva un alcance tan desmesurado. Los justiciables tienen derecho a un único pronunciamiento jurisdiccional -lo que explica la función negativa de la cosa juzgada material- y, aunque, en ocasiones, la obtención de ese único pronunciamiento jurisdiccional exige la sustanciación -más o menos completa- de dos o más procesos, condicionar la viabilidad de los segundos y posteriores procesos a que su incoación se produzca después de la finalización sin decisión de fondo de los anteriores es una elemental exigencia de orden que en nada afecta a lo sustancial del derecho a la tutela judicial efectiva y que resulta obligada si se aspira a lograr una administración de justicia razonablemente eficaz. Las consideraciones de economía procesal, que no proporcionarían suficiente fundamento para la pura y simple denegación del derecho actual del demandante a una decisión de fondo, sí pueden considerarse bastantes para excluir un derecho eventual a un segundo proceso al que sólo podría darse satisfacción si el primero termina sin decisión de fondo.

Por lo demás, debe subrayarse que no cabe imaginar ningún supuesto en el que la presentación de una segunda demanda relativa a un asunto ya pendiente en otro proceso pueda responder a una finalidad legítima digna de ser tutelada por el ordenamiento jurídico. Y sí son imaginables, por el contrario, multitud de finalidades ilegítimas que justiciables poco escrupulosos podrían pretender lograr mediante la multiplicación de demandas sobre la misma cuestión.

Quizá el único caso en que cabría considerar justificado atribuir al justiciable un derecho eventual a un segundo proceso sería el del demandante que, previendo que el proceso primeramente incoado va a terminar sin decisión de fondo por falta de algún requisito procesal, incoa un segundo proceso a los solos efectos de subsanar los defectos procesales del primero. Podría pensarse en este caso que es injusto obligar al demandante a esperar, impotente, a que termine el primer proceso sin decisión de fondo para poder incoar el segundo. Este planteamiento podía tener alguna fuerza durante la vigencia de la LEC de 1881 (en adelante LECA), ya que el defectuoso sistema de control de los presupuestos procesales que caracterizaba la anterior regulación de nuestro proceso civil permitía que, aun pudiendo constatarse un defecto procesal al inicio del proceso, debiera esperarse en ocasiones hasta el final del mismo para que el juez pudiera apreciar el defecto y extraer las oportunas consecuencias. Pero en la LEC vigente (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC) se facilita la apreciación de los defectos procesales en los primeros compases del proceso (en la audiencia previa del juicio ordinario y, en el juicio verbal, en la vista, pero antes de la práctica de las pruebas), lo que permite evitar largas esperas hasta la finalización de un proceso que se sabe condenado al fracaso, entendiendo aquí por fracaso la terminación sin decisión de fondo.

Por lo demás no sería razonable arrostrar las graves consecuencias que, en términos de derroche de esfuerzo procesal, se derivarían de consentir la sustanciación simultánea de dos procesos sobre la misma cuestión para evitar al demandante unos perjuicios que, en definitiva, sólo a su proceder negligente serían imputables, ya que es él quien debe ocuparse de que en el primer proceso se den las condiciones que permitan su finalización con sentencia de fondo.

Pueden hacerse ya, a modo de recapitulación, algunas reflexiones acerca de los respectivos fundamentos y fines de la litispendencia y de la cosa juzgada material. Ambas instituciones se traducen, en efecto, en una misma consecuencia, la exclusión de

un segundo proceso sobre el mismo asunto que es o ha sido objeto de otro proceso anterior, pero el fundamento de la exclusión es diferente en uno y otro caso y también son distintas las finalidades que con la exclusión se pretenden lograr en los dos supuestos.

La función negativa de la cosa juzgada material excluye el segundo proceso porque la existencia del mismo supone una amenaza cierta de doble pronunciamiento jurisdiccional y encuentra su fundamento, por tanto, en el principio de prohibición del *bis in idem*; la litispendencia, por su parte, excluye el segundo proceso porque la existencia de dos procesos abiertos sobre una misma cuestión es un fenómeno notablemente perturbador para el buen orden y funcionamiento de la Administración de Justicia, no existiendo, por otro lado, ninguna razón que obligue a arrostrar el sacrificio que, en términos de economía procesal, supondría consentir tal fenómeno. La eficacia excluyente de la litispendencia encuentra, así, su fundamento en elementales exigencias de economía procesal a cuya satisfacción no se oponen otras exigencias de superior rango.

En cuanto a los fines, la función negativa de la cosa juzgada pretende impedir que en el segundo proceso se dicte una sentencia de fondo que sería con seguridad lesiva del principio *non bis in idem* y evitar, en lo posible, la sustanciación de un segundo proceso que es, también con seguridad, inútil. Hay, por tanto, una relación directa entre los efectos derivados de la función negativa de la cosa juzgada material y las finalidades que con dichos efectos se pretenden lograr. En la litispendencia, en cambio, se impide la sentencia de fondo y se intenta evitar el desarrollo del segundo proceso, no porque se considere que aquella puede lesionar el *bis in idem* ni porque éste sea con seguridad inútil, sino porque atribuyendo a la litispendencia tales efectos se consigue, indirectamente, disuadir a los justiciables de presentar demandas relativas a asuntos ya pendientes de resolución en otro proceso, evitando así la proliferación de las anómalas y perturbadoras situaciones de pendencia simultánea de más de un proceso sobre un mismo asunto. Es por esto por lo que la eficacia excluyente de la litispendencia debe ser mantenida incluso en situaciones concretas en las que, aparentemente, la exclusión de la sentencia de fondo en el segundo proceso más que a la economía conduce al dispendio, como cuando el segundo proceso está sólo pendiente de sentencia en primera instancia y el primero, pendiente de casación, ha terminado en las dos instancias anteriores sin decisión de fondo y es probable que el Tribunal Supremo no modifique tales pronunciamientos. La eficacia excluyente de la litispendencia debe mantenerse incluso en casos de este tipo porque su finalidad no es tanto conseguir la economía procesal en la concreta situación en la que opera como la de anunciar a los justiciables que en ningún caso van a prosperar demandas relativas a asuntos pendientes en otro proceso, función ejemplarizante que quedaría muy mermada si, en atención a consideraciones de economía del proceso concreto, se admitieran excepciones a la eficacia excluyente de la litispendencia.

III. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA EXCLUSIÓN DE UN PROCESO POR ESTAR PENDIENTE OTRO PROCESO ANTERIOR SOBRE IDÉNTICA CUESTIÓN

Siguiendo en este punto el esquema propuesto por SERRA⁴, los requisitos necesarios para que la litispendencia surta su efecto excluyente de ulteriores procesos sobre la misma cuestión pueden concretarse en los siguientes:

- 1º.- Que existan dos procesos jurisdiccionales.
- 2º.- Que los dos procesos se encuentren pendientes.
- 3º.- Que el primer proceso se halle pendiente ante Juzgado o Tribunal competente.
- 4º.- Que los dos procesos sean de una misma clase.
- 5º.- Que entre los dos procesos se den las necesarias identidades subjetivas, objetivas y de causa, y
- 6º.- Que el proceso en el que se haga valer la litispendencia haya comenzado con posterioridad al que la origina.

Se examinan a continuación brevemente los anteriores requisitos.

1º.- QUE EXISTAN DOS PROCESOS JURISDICCIONALES

Para que, en relación con un determinado asunto, pueda afirmarse que existe litispendencia es preciso que dicho asunto sea objeto de un proceso jurisdiccional. Es en ese caso -y sólo en ese caso- cuando la litispendencia opera excluyendo ulteriores procesos jurisdiccionales sobre idéntica cuestión. No originan, pues, litispendencia, actuaciones distintas a los procesos jurisdiccionales, como puedan ser los procedimientos administrativos.

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente la existencia de actuaciones administrativas sobre una determinada cuestión no puede fundamentar la excepción de litispendencia dentro de un proceso civil⁵. Lo más frecuente, por lo demás, es que las actuaciones administrativas que se invocan como determinantes de la litispendencia no tengan realmente el mismo objeto que el proceso civil en el que la excepción se intenta hacer valer.

Existe, no obstante, un supuesto concreto en el que puede darse el caso de que estando pendiente un procedimiento administrativo, se incoe un proceso civil sobre la misma cuestión. Así puede suceder si, estando pendiente de resolución la reclamación administrativa previa y no habiendo transcurrido el plazo para que ésta pueda considerarse desestimada por silencio, se interpone la demanda ante los Tribunales

⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, "Litispendencia", en *Revista de Derecho Procesal*, 1969, págs. 679 y sigs.

⁵ En la jurisprudencia más reciente, cfr. SS. TS 1ª de 6 de febrero de 1998, 7 de abril de 1994 y 3 de diciembre de 1992.

civiles. El art. 121.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla este supuesto disponiendo que “si planteada una reclamación ante las Administraciones Públicas, ésta no ha sido resuelta y no ha transcurrido el plazo en que deba entenderse desestimada (que, según el art. 124.2 de la propia Ley es de tres meses), no podrá deducirse la misma pretensión ante la jurisdicción correspondiente”. Esta norma, ciertamente, pretende excluir la incoación del proceso mientras la reclamación previa se encuentre pendiente de decisión, pero, aparte de que el fundamento de esta exclusión es muy distinto al que justifica la eficacia excluyente de la litispendencia, el alcance práctico del precepto es poco menos que nulo: dada la brevedad del plazo en que la Administración ha de resolver, el supuesto impositivo del normal desarrollo del proceso jurisdiccional habrá desaparecido mucho antes de que su concurrencia pueda ser apreciada en el proceso y debe tenerse en cuenta que según una muy razonable jurisprudencia el requisito de la reclamación administrativa previa es esencialmente subsanable y que, por lo tanto, su cumplimiento posterior a la iniciación del proceso permite la normal continuación de éste y en modo alguno impide su terminación con sentencia de fondo⁶.

Pese a lo que se acaba de decir, no debe minimizarse la importancia del requisito de la reclamación administrativa previa, ni conviene ocultar la conveniencia de que el justiciable que pretenda una tutela jurisdiccional frente a las Administraciones Públicas espere a que la reclamación sea resuelta o a que transcurra el plazo que permite entenderla tácitamente desestimada. Quizá por considerarlo prácticamente inimaginable, el legislador no ha previsto que la reclamación previa pueda ser resuelta expresamente y en sentido estimatorio dentro del plazo legalmente previsto, en cuyo caso, la “impaciencia” del reclamante podría haber dado lugar a la incoación de actuaciones jurisdiccionales que, a la postre, habrían resultado inútiles. Pensando en esta eventualidad podría ser conveniente, si no condicionar el curso de las demandas dirigidas contra las Administraciones Públicas a la previa acreditación de haber cumplido con el requisito indicado -lo que sería perfectamente posible, pero quizá no aconsejable, dada la rareza de los supuestos en los que cabe esperar que tal cautela podría, de verdad, conducir a la eliminación del proceso-, sí, por lo menos, contemplar la condena en costas del litigante “impaciente” cuando la Administración demandada, dentro del plazo legal, estime la reclamación previa privando de objeto al proceso. Sin embargo, el art. 22 LEC, que sería probablemente aplicable a este supuesto, excluye la condena en costas cuando el proceso termina por satisfacción extraprocesal de las pretensiones de la demanda, lo que favorece, ciertamente, a la Administración demandada, pero sin llegar a permitir la condena en costas del actor que presentó la demanda sin esperar a la conclusión del plazo para la resolución de la reclamación previa. Queda, no obstante, el posible recurso a las previsiones del art. 247 LEC cuando, atendidas las circunstancias del caso, la “impaciencia” del actor pueda considerarse contraria a las reglas de la buena fe procesal.

⁶ Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con De la Oliva Santos), Madrid, 2000, págs. 237-238.

2º.- *QUE LOS DOS PROCESOS SE ENCUENTREN PENDIENTES*

Al explicar este requisito dice lacónicamente SERRA que, no concurriendo el mismo, la excepción procedente no sería la de litispendencia, sino la de cosa juzgada⁷. Esta observación es, ciertamente, atinada para el caso de que, al comenzar el segundo proceso, el primero hubiera finalizado con sentencia firme de fondo. Pero caben otras posibilidades que conviene analizar.

Así, en primer término, puede darse el caso de que, cuando se inicia un proceso sobre un determinado asunto, haya finalizado ya otro sobre la misma cuestión sin decisión de fondo. En este caso nada se opone al normal desarrollo y eventual terminación con sentencia de fondo del segundo proceso: no hay litispendencia, porque cuando el segundo proceso se inicia el anterior ya ha terminado, ni tampoco cosa juzgada, porque no hay pronunciamiento jurisdiccional firme sobre la cuestión que constituye el objeto del segundo proceso.

La cuestión se complica algo más cuando al iniciarse el segundo proceso se encontraba pendiente otro sobre la misma cuestión y, alegada o puesta de manifiesto al juez en su momento la litispendencia, cuando éste ha de pronunciarse sobre ella ya ha terminado con sentencia firme el proceso que la originaba. Si el primer proceso terminó con sentencia de fondo no se plantean graves problemas prácticos, pues tanto dará apreciar en el segundo la alegada litispendencia, basándose en el *statu quo* existente al inicio del proceso, como la cosa juzgada sobrevenida con la finalización del primero⁸.

Sí se plantea una delicada cuestión cuando, existiendo litispendencia al iniciarse el segundo proceso, en el momento en el que el juzgador ha de pronunciarse sobre ella el proceso que la originaba ha finalizado sin decisión de fondo. En este supuesto caben dos posibilidades: entender que ha cesado la situación de litispendencia y que nada se opone ya, por tanto, al no haber tampoco cosa juzgada, a la normal finalización del segundo proceso con sentencia de fondo, o bien, atendiendo exclusivamente a la situación existente al inicio del proceso, apreciar la litispendencia y poner fin al segundo proceso sin entrar en el fondo del asunto.

La primera opción es, aparentemente, más beneficiosa en términos de economía procesal. Puede parecer, en efecto, absurdo, que finalizado el primer proceso sin decisión de fondo, en lugar de aprovecharse el esfuerzo procesal ya desplegado en el segundo, se ponga fin a éste también sin decisión de fondo, dando lugar a la incoación de un tercer proceso sobre la misma cuestión.

Ahora bien, se ha de tener presente que, si se opta por reconocer eficacia al segundo proceso cuando el primero termina sin decisión de fondo, la economía que se consigue en el proceso concreto puede traducirse, como ya he adelantado, en un considerable aumento de trabajo para la Administración de Justicia considerada en su conjunto. Se trata de evitar, en definitiva, segundas demandas “eventuales” -que, por lo demás, y desde un punto de vista estrictamente teórico, no me parecen en absoluto admisibles-, demandas que podrían proliferar extraordinariamente, con el consiguiente aumento de trabajo para los Tribunales, si los justiciables pudieran contar con la

⁷ SERRA, “Litispendencia”, cit., pág. 679.

⁸ Así, en los casos resueltos por las SS. TS 1ª de 26 de noviembre de 1990 y 27 de diciembre de 1993

seguridad de que, en caso de terminar el primer proceso sin decisión de fondo, su segunda demanda no estaría condenada al fracaso.

3º.- *QUE EL PRIMER PROCESO SE HALLE PENDIENTE ANTE JUZGADO O TRIBUNAL COMPETENTE.*

La nueva LEC no menciona expresamente este requisito, que sí aparecía en el art. 533.5º de la LECA. No obstante, en la medida en que la falta de competencia del juez que conoce del primer proceso determine la nulidad de éste, puede considerarse que dicho proceso nulo no genera una situación de litispendencia. Según este planteamiento, el requisito haría referencia únicamente, como observa SERRA, a la jurisdicción por razón de la materia y a la competencia objetiva o vertical, cuya ausencia determina efectivamente la nulidad del proceso, pero no a la competencia territorial, ya que la falta de ésta última en el juez que conoce del primer proceso no determina la nulidad de éste, sino todo lo más, y una vez puesta de manifiesto por las vías legales oportunas, un cambio del órgano jurisdiccional⁹.

En la práctica, el requisito se traduce en la necesidad de que el juez ante el que se incoa el segundo proceso, una vez puesta de manifiesto la posible situación de litispendencia, debe, antes de pronunciarse en sentido afirmativo sobre la misma, juzgar sobre la jurisdicción y competencia objetiva del órgano jurisdiccional que conoce del primer proceso. Si estima que este órgano carece de jurisdicción por razón de la materia o de competencia objetiva, no debe apreciar la litispendencia, pero tampoco debe, a mi modo de ver, continuar conociendo del proceso sin más. Si efectivamente los dos procesos versan sobre un mismo asunto y los dos órganos jurisdiccionales que conocen de los mismos pertenecen a distinto orden jurisdiccional, o dentro del orden civil, son órganos de distinto tipo, es claro que los dos no pueden tener, a la vez, jurisdicción o competencia objetiva para conocer del asunto. Por eso, si el juez ante el que se incoa el segundo proceso entiende que el órgano que conoce del primero no tiene jurisdicción o competencia objetiva -y que él sí la tiene-, debe promover la correspondiente cuestión por la vía de los arts. 43 y siguientes de la LOPJ o proceder con arreglo a lo previsto en el art. 52 del mismo texto legal, según que la cuestión se refiera a la jurisdicción o a la competencia objetiva, respectivamente.

Una aplicación concreta de este requisito es la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que niega que los procesos pendientes ante órganos del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción originen litispendencia en relación con ulteriores procesos civiles: de ordinario, la litispendencia queda excluida, en estos casos, por la falta de identidad de los asuntos que constituyen el objeto del proceso, pero, aun en el caso de que el objeto de los dos procesos fuera idéntico, el problema que se plantearía no sería de litispendencia, sino de falta de jurisdicción de uno de los dos órganos jurisdiccionales¹⁰.

⁹ SERRA, "Litispendencia", cit., pág. 679

¹⁰ Es muy expresiva, en este sentido, la STS 1ª de 11 de mayo de 1989, en la que puede leerse lo siguiente: "en el supuesto hipotético, que aquí no se da, como luego diremos, de que la acción ejercitada en este proceso versara sobre lo mismo, con la triple identidad legalmente exigida (artículo 1252 del Código Civil), que esté siendo objeto (o pueda serlo) del conocimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no podría ello en ningún caso ser aducido como constitutivo de excepción de litispenden-

4º.- *QUE LOS DOS PROCESOS SEAN DE UNA MISMA CLASE.*

No plantea problemas este requisito si los dos procesos pendientes son ordinarios -no importando a estos efectos que sigan distinta tramitación-; ni tampoco, si, siendo especiales, son los dos de la misma clase.

Los problemas pueden surgir cuando uno es ordinario y otro especial o cuando siendo ambos especiales, no son de la misma clase. En estos supuestos, si los dos procesos son plenarios, la cuestión relativa a la litispendencia puede entremezclarse con una posible inadecuación de procedimiento, especialmente en el caso de que el primer proceso sea el seguido por cauce procesal inadecuado. Aun en tales casos, pienso que debe jugar la litispendencia en el segundo proceso. Elegido un cauce procesal por el actor, permitirle incoar un segundo proceso so pretexto de una inadecuación del procedimiento primeramente incoado, sin esperar a que éste termine, sería tanto como admitir para este caso la posibilidad de segundas demandas “eventuales” a las que antes me he referido como fenómeno inaceptable, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico¹¹.

Otro tipo de problemas se plantean cuando uno de los procesos es plenario y el otro sumario. En relación con esta cuestión, clásica en materia de litispendencia, y de la que se ha ocupado la jurisprudencia, especialmente con referencia a los juicios de desahucio, me parece plenamente aceptable el criterio defendido por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que distingue dos hipótesis, la de que penda dos juicios de desahucio idénticos, en la que el segundo de ellos debe quedar excluido por la litispendencia y la de que penda un juicio de desahucio y un juicio declarativo ordinario sobre la misma

cia, la cual presupone, como ya se ha dicho, que los dos Juzgados o Tribunales que conocen del asunto sean competentes para dicho conocimiento, sino que daría lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción”.

¹¹ Es interesante, sin embargo, el caso a que se refiere la STS 1ª de 26 de marzo de 1999. En el primer proceso, un juicio de cognición, se alegó por los demandados la inadecuación del procedimiento, que fue declarada por el Juez. El actor se aquietó y presentó demanda de juicio de menor cuantía. Sin embargo, los demandados, que habían alegado la excepción que resultó estimada, recurrieron por razones formales, dando lugar a diversas apelaciones. Esto implicó que cuando se presentó la demanda de juicio de menor cuantía, el juicio de cognición aún no había finalizado por encontrarse pendientes las apelaciones de los demandados. Pese a todo, el Tribunal Supremo rechazó que se apreciara litispendencia en el juicio de menor cuantía, basándose en el siguiente razonamiento: “en el momento de dictarse por la Secc. 5.ª de la AP la sentencia ahora recurrida, no podía ya producirse esa situación procesal determinante de la posibilidad de sentencias contradictorias al haber concluido el previo juicio de cognición en virtud de la inadecuación de procedimiento aducida por los aquí recurrentes; sería contrario a los más elementales principios de economía procesal y producto de un exacerbado formalismo el declarar la existencia de litispendencia cuando su finalidad, la de evitar sentencias contradictorias, se ha alcanzado por el desarrollo de las actuaciones procesales del primer litigio, prolongado por la conducta procesal de los recurrentes rayana en la mala fe procesal, al igual que supone en este momento un abuso procesal del derecho a los recursos el mantenimiento de esta pretensión impugnatoria con la finalidad de que los actores se vieran obligados a reproducir desde su inicio este procedimiento”. El argumento basado en que en el momento de dictar sentencia la audiencia la litispendencia no existía por haber finalizado ya el anterior proceso, así como el basado en la economía procesal son erróneos, pero la decisión final parece inspirada realmente, más que en estos argumentos, en que la pendencia del primer proceso cuando se presentó la demanda del segundo se debía a una actuación procesal dudosamente compatible con la buena fe de los demandados en ambos procesos. El principio general a retener bien podría ser el de que no produce litispendencia un proceso prolongado artificialmente por los demandados con el solo fin de demorar el segundo proceso.

cuestión, en la que no debe jugar la litispendencia, sin que importe cuál de los dos comenzó primero¹².

Un problema especial, que plantea SERRA en esta sede, es el de la pendencia de un procedimiento arbitral cuando se promueve ante los Tribunales un proceso sobre el mismo asunto sometido a los árbitros¹³. Tampoco en este caso existe realmente una situación de litispendencia.

La existencia de un procedimiento arbitral pendiente puede ser, e incluso cabe considerar normal que sea, un factor obstativo del normal desarrollo y terminación con sentencia de fondo de un proceso jurisdiccional sobre el mismo objeto sometido a la consideración de los árbitros. Pero esta eficacia excluyente del arbitraje tiene un fundamento distinto y opera de muy distinta manera que la eficacia excluyente de la litispendencia. En el caso del arbitraje, la exclusión del proceso jurisdiccional nace con y de la voluntad libremente expresada por las partes de someter la solución de sus controversias a arbitraje. Hay aquí ya una muy importante diferencia entre la eficacia excluyente del arbitraje y la de la litispendencia: aquélla nace con el convenio arbitral (art. 11.1 de la Ley de Arbitraje) y, por tanto, opera antes y con independencia de que el procedimiento arbitral se haya iniciado; ésta, en cambio, exige que el proceso que determina la situación de litispendencia haya comenzado.

Por otro lado, la voluntad de las partes de excluir el proceso y someter sus controversias a arbitraje es revocable en cualquier momento por un acuerdo contrario, e incluso, tácitamente, mediante el sometimiento de ambas partes a un proceso sobre cualquier cuestión comprendida, en principio, en el ámbito del convenio arbitral. La voluntad de las partes es, por tanto, decisiva en orden a atribuir eficacia excluyente a la pendencia de un procedimiento arbitral en relación con un ulterior proceso sobre el mismo asunto sometido a los árbitros. Si, aun estando pendiente un procedimiento arbitral, una de las partes presenta ante los Tribunales una demanda sobre la misma cuestión y la otra, después de personada en el juicio, realiza cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, se entiende revocado el convenio arbitral y abierta la vía judicial (arts. 11.1 y 31 de la Ley de Arbitraje). La exclusión del proceso por estar sometida la cuestión a arbitraje sólo es posible, por tanto, si el demandado, después de personado, propone en forma la “oportuna excepción”, cosa que no sucede con la litispendencia, cuya eficacia excluyente no debe quedar condicionada a la voluntad de los litigantes.

¹² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “La litis-pendencia”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1969, págs. 633-635; la STS 1ª de 23 de marzo de 1996, sin embargo, aprecia litispendencia en un proceso plenario posterior a un desahucio, partiendo de que la sentencia dictada en el juicio de desahucio sí tiene fuerza de cosa juzgada en cuanto al limitado objeto de esta clase de procesos; la STS 1ª de 29 de octubre de 1994, por su parte, consideró que no existía litispendencia en un proceso plenario promovido durante la pendencia de un proceso especial de protección de derechos reales inscritos, invocando “los claros y contundentes términos del párrafo último del art. 41 de la Ley Hipotecaria a cuyo tenor «la sentencia dictada en el procedimiento a que se refiere este artículo no producirá excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión», sin que, por otra parte, exista obstáculo legal alguno que impida acudir al juicio declarativo aun antes de que haya recaído sentencia en el juicio sumario del art. 41 de la Ley Hipotecaria.”

¹³ SERRA, “Litispendencia”, cit., págs. 680-681.

5º.- *QUE ENTRE LOS DOS PROCESOS SE DEN LAS NECESARIAS IDENTIDADES SUBJETIVAS, OBJETIVAS Y DE CAUSA.*

La cuestión de las identidades se plantea, en relación con la litispendencia, en los mismos términos que en relación con la cosa juzgada y es precisamente en sede de cosa juzgada donde encuentra su encaje sistemático adecuado el estudio de esta cuestión, una de las más difíciles e intrincadas del Derecho procesal. Cabe, por tanto, una remisión general a la doctrina sobre las identidades elaborada en torno a la cosa juzgada material¹⁴.

Parece conveniente, no obstante, llamar la atención sobre la novedosa norma incorporada al art. 400 LEC y su incidencia en la apreciación de las situaciones de litispendencia. En lo que ahora interesa, este precepto implica que para comparar los objetos de dos procesos pendientes simultáneamente hay que tener en cuenta no sólo los hechos y fundamentos o títulos jurídicos efectivamente aducidos en el primer proceso, sino también los que, no habiendo sido alegados en ese proceso, fuesen conocidos o hubieran podido invocarse en la primera demanda. Como consecuencia, a efectos de litispendencia “los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste” (art. 400.2 LEC).

La aplicación de este precepto exige identidad de sujetos e identidad de *petitum*. Faltando alguna de estas identidades no habrá litispendencia, con independencia de que los hechos o fundamentos jurídicos alegados en el segundo proceso hubieran o no podido ser alegados en el primero. Por otro lado, a efectos de valorar si los hechos o fundamentos jurídicos alegados en el segundo proceso pudieron invocarse en el primero hay que tener en cuenta las oportunidades que la LEC concede a las partes para alegar dentro de un proceso hechos nuevos o de nueva noticia, así como para formular alegaciones complementarias. El párrafo segundo del art. 400.1 se refiere a estas oportunidades, para aclarar que la carga de alegar todos los hechos y fundamentos jurídicos en la demanda no implica merma de tales oportunidades. Pero lo importante no es esto, sino que, una vez que se aclara expresamente -quizá de manera innecesaria- que para levantar la carga de alegación pueden aprovecharse esas oportunidades, la invocación en un segundo proceso de hechos o fundamentos jurídicos que no hubieran podido alegarse en la demanda pero sí, dentro del primer proceso, en un momento posterior queda afectada por la preclusión y, en consecuencia, ha de conducir a la apreciación de litispendencia en el segundo proceso.

Otra novedad destacable de la LEC, con incidencia en el asunto que nos ocupa, es el tratamiento peculiar de las excepciones de compensación y de nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda. El art. 408 LEC dota a estas excepciones de un tratamiento análogo al de la reconvencción, estableciendo el deber del tribunal de resolver expresamente en la sentencia sobre los puntos a que se refieran y dotando a dichos pronunciamientos de fuerza de cosa juzgada (cfr. también art. 222.2 LEC). Desde la perspectiva de la litispendencia, estas excepciones plantean un doble problema: por un lado, qué sucede si, habiéndose alegado en un proceso, como

¹⁴ La mejor exposición en nuestra doctrina se encuentra, en mi opinión, en DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, págs. 44 y sigs; complementariamente, del mismo autor, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez), cit., págs. 503 y sigs.

excepciones, la compensación o la nulidad del negocio, se promueve ulteriormente otro proceso cuyo objeto principal sea la reclamación del crédito opuesto para la compensación o la declaración de nulidad del mismo negocio; por otro, qué ocurre si en un proceso se alega la excepción de compensación oponiendo un crédito reclamado en un anterior proceso o se alega, como excepción, una nulidad cuya declaración ya había sido solicitada en un proceso anterior.

En cuanto a la primera cuestión, creo que con la regulación de la LEC se impone la exclusión del segundo proceso por litispendencia. Ahora bien, si las excepciones reconventionales se hubiesen alegado en el segundo proceso, la solución no puede ser, evidentemente, la exclusión de éste. No obstante, dado que la LEC exige que la sentencia del segundo proceso se pronuncie expresamente, con fuerza de cosa juzgada, sobre las cuestiones suscitadas mediante excepción reconventional, es necesario evitar que estos pronunciamientos entren en contradicción o resulten incompatibles con los que eventualmente puedan recaer en el primer proceso, lo que puede lograrse mediante la acumulación de procesos o bien mediante la suspensión del segundo por prejudicialidad civil conforme a lo previsto en el art. 43 LEC.

Problemas particulares plantean los casos -frecuentes- en que la coincidencia de los objetos de los dos procesos es sólo parcial. A efectos de litispendencia los casos que interesan son aquellos en que, siendo idénticas las partes, el objeto de uno de los procesos se encuentra comprendido dentro del objeto, más amplio, del otro proceso. En estos casos la aplicación del efecto excluyente de la litispendencia en el segundo proceso dependerá, con carácter general, de cuál sea el proceso con objeto más amplio: si el objeto más amplio corresponde al primer proceso, se aplicará la litispendencia en el segundo; en caso contrario, el segundo proceso no queda excluido por la litispendencia, si bien pueden producirse otros efectos encaminados a evitar dobles pronunciamientos o decisiones contradictorias. La coincidencia parcial de objetos se puede manifestar, no obstante, de muy diversas maneras, en las que la aplicación del principio general apuntado puede requerir ciertas matizaciones.

Así, en primer lugar, cabe mencionar la posibilidad de que, como consecuencia de la acumulación de acciones en uno o en los dos procesos simultáneamente pendientes, la coincidencia del objeto de uno y otro proceso se refiera sólo a una o a varias de las acciones acumuladas, pero no a todas ellas. Para referirse a este supuesto emplea GUTIÉRREZ DE CABIEDES la expresión "litispendencia parcial" propugnando como respuesta teóricamente correcta que se aprecie la litispendencia en el segundo proceso pero limitándola estrictamente a la acción dos veces ejercitada, continuando adelante el proceso respecto a las demás acciones¹⁵. El tratamiento procesal, para estos casos, bien podría ser el previsto en la LEC para la indebida acumulación de acciones (art. 419 LEC). Esta solución, claro está, ha de referirse a aquellos casos en que acumuladas varias acciones en el segundo proceso sólo alguna o algunas de ellas sean objeto de un proceso pendiente anterior; pero cabe también que la acción o las acciones acumuladas del segundo proceso sean, todas ellas, objeto de un proceso anterior en el que, junto a éstas, se hayan acumulado también otras acciones, en cuyo caso, el efecto de la litispendencia sobre el segundo proceso ha de ser la finalización inmediata sin decisión de fondo¹⁶.

¹⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "La litis-pendencia", cit., págs. 612-613.

¹⁶ Cfr. SERRA, "Litispendencia", cit., pág. 675.

Otro caso particular a considerar es el de las reclamaciones parciales. No habrá litispendencia, aunque sí será muy conveniente la acumulación, si en dos procesos se reclaman partes diferentes de un todo. Ahora bien, si en un proceso se reclama la totalidad y en el otro una parte, habrá litispendencia cuando la reclamación parcial se efectúe en el segundo; si la reclamación parcial corresponde al primer proceso, el segundo no tiene por qué ser excluido por la mera pendencia del primero, si bien, una vez que se ponga de manifiesto la existencia de éste, el objeto del segundo proceso debería quedar limitado a la parte no reclamada en el primero. En el caso particular de reclamación del pago de deudas, si en el segundo proceso se reclamase el pago de toda la deuda, podría el demandado alegar pluspetición respecto de la parte de la deuda que hubiese sido reclamada en el primer proceso¹⁷.

Un supuesto diferente a los dos anteriores sería el de existencia de una conexión entre los dos procesos en virtud de la cual, la decisión sobre el objeto de uno de ellos sea prejudicial de la decisión sobre el objeto del otro. Así sucederá, por ejemplo, cuando en un proceso se ejercite una acción de mera declaración de un derecho y en el otro una acción de condena basada en el mismo derecho. No parece dudoso, en estos casos, que no ha de apreciarse litispendencia cuando la acción de condena se ejercita en el segundo proceso; ahora bien, si la acción que se ejercita en el segundo proceso es la de mera declaración, sí debe excluirse este segundo proceso, ya que la pretensión de condena del primer proceso comprende la pretensión de declaración del derecho¹⁸. Parece conveniente matizar, no obstante, que, si bien una eventual estimación de la pretensión de condena en el primer proceso proyectaría sobre el segundo el efecto excluyente de la cosa juzgada, la eventual desestimación de fondo de la pretensión de condena no necesariamente excluiría una ulterior demanda de declaración del derecho. Así, por ejemplo, si la acción de condena fuera rechazada, no porque la deuda no exista, sino porque no es exigible, nada impediría que el acreedor ejercitara posteriormente una acción de mera declaración de la existencia de su derecho, incluso basada en las mismas circunstancias existentes en el momento de la presentación de la primera demanda. No obstante, desde la perspectiva de la litispendencia lo que ha de valorarse son las pretensiones ejercitadas en ambos procesos y, desde este punto de vista, ninguna duda cabe de que la pretensión de condena lleva implícita una pretensión de declaración del derecho, por lo que un ulterior proceso limitado a esta última pretensión debe quedar excluido mientras esté pendiente aquel en el que se ejercita la acción de condena¹⁹.

¹⁷ En este sentido, SERRA, "Litispendencia", cit., pág. 675.

¹⁸ Cfr. ROSENBERG, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 125.

¹⁹ El mismo razonamiento debe aplicarse, a mi juicio, cuando en dos procesos simultáneamente pendientes se ejerciten por el mismo sujeto, en uno, una acción de declaración de dominio y, en el otro, la acción reivindicatoria, supuestas la identidad del demandado y de la cosa; cuando la acción reivindicatoria se ejercite en el segundo proceso no debe aplicarse la litispendencia, sin perjuicio de la posibilidad de acumular ambos procesos o de aplicar lo dispuesto en el art. 43 LEC para los casos de prejudicialidad civil; sí debería aplicarse el efecto excluyente de la litispendencia, en mi opinión, cuando el segundo proceso se refiera a la mera declaración del dominio ya que la acción reivindicatoria lleva implícita la pretensión de declaración de la titularidad dominical del reivindicante; cfr., no obstante, SERRA, "Litispendencia", cit., pág. 676, que excluye el juego de la litispendencia en estos casos, basándose en que "los presupuestos de ambas acciones -la declarativa y la reivindicatoria- son distintos, bastando para la primera la perturbación, y exigiendo la segunda el efectivo despojo, lo que excluye la identidad de causa de pedir"; frente a este planteamiento cabe apuntar, sin embargo, que el ejercicio sucesivo por un mismo sujeto en dos procesos distintos y frente a un mismo demandado de una acción reivindicatoria y, sin esperar a la decisión sobre ésta, de una acción de mera declaración del dominio, no está justificado, ya que la

La litispendencia, como la cosa juzgada, opera también su efecto excluyente cuando el segundo proceso se promueve por quien ha sido demandado en el primero, si lo que este sujeto pide en el segundo proceso es exactamente el “reverso” de lo que se reclama frente a él en el primero. Y estas situaciones plantean problemas especiales en relación con la apreciación de las identidades de las que depende el efecto excluyente de la litispendencia. A mi modo de ver, para que pueda apreciarse litispendencia con referencia a dos procesos entre los mismos sujetos en posiciones procesales invertidas es preciso que lo que el demandado en el primer proceso pida, como actor, en el segundo proceso sea una tutela jurisdiccional cuya concesión implique, para él, unos efectos estrictamente equivalentes a los que obtendría con la absolución de fondo en el primer proceso.

Esta exigencia se cumpliría, por ejemplo, si en el primer proceso se ejercitó una demanda de declaración positiva y en el segundo, el demandado en el primero pretende la declaración negativa del mismo derecho²⁰. Pero también se cumpliría la exigencia, a mi juicio, si estando pendiente un proceso en el que A ejercita una acción declarativa de dominio frente a B, este último presenta una demanda frente a A solicitando que se le declare dueño del mismo bien objeto de disputa en el primer proceso. Creo que, en tal caso, la estimación de la segunda demanda y la desestimación de la primera implican, para B, efectos estrictamente equivalentes: ciertamente, con la absolución en el primer proceso no se declara a B dueño del bien en disputa, pero esa absolución impide que, sin variación de las circunstancias, A pueda volver a discutir a B el dominio del bien en cuestión; por otro lado, si se estima la segunda demanda, se declara que B es dueño del bien, pero al estar limitados los efectos de esa declaración a los litigantes, la consecuencia práctica es la misma que en el caso anterior: A no podrá, sin cambio de las circunstancias, demandar con éxito a B reclamando el dominio del bien de que se trate²¹.

Un caso similar se daría, en el ámbito de los derechos de crédito, si estando pendiente un proceso en el que se reclama el pago de una deuda, el demandado en este proceso promueve un segundo litigio solicitando que se declare la inexistencia de la deuda. La estimación de esta segunda demanda no situaría al demandado en el primer proceso (actor en el segundo) en una situación distinta y más favorable a aquella en la que quedaría en caso de ser absuelto en el primer proceso.

tutela que el actor puede conseguir en este segundo proceso no es distinta de la que puede obtener con el primero: en efecto, si el primero finaliza con una decisión estimatoria de la acción reivindicatoria, quedaría excluida cualquier discusión ulterior entre las mismas partes sobre el dominio del bien reivindicado, que es exactamente lo mismo que el actor conseguiría en caso de que se estimase su demanda de mera declaración de dominio. En tales circunstancias, parece razonable aplicar la litispendencia al segundo proceso, sin perjuicio de reconocer que, en caso de finalizar el primero con una sentencia de fondo desestimatoria de la acción reivindicatoria, no siempre quedará excluida la posibilidad de un ulterior proceso promovido por el mismo actor para la mera declaración de su titularidad dominical frente al mismo demandado: por ejemplo, cuando la acción reivindicatoria se desestime por faltar alguno de los presupuestos de esta acción distintos del derecho de propiedad sobre el bien litigioso.

²⁰ Cfr. ROSENBERG, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 124; en este caso se encontraría el ejemplo que propone SERRA, “Litispendencia”, cit., pág. 676, de ejercicio en un proceso de una acción confesoria de servidumbre, ejercitándose ulteriormente por el demandado, en otro proceso, la acción negatoria de la misma servidumbre.

²¹ SERRA, “Litispendencia”, cit., pág. 676, sostiene, sin embargo, que no se produce la litispendencia cuando en dos procesos distintos las mismas personas se disputan recíprocamente la declaración de propiedad de un mismo fundo.

Ahora bien, si se invierte el orden de los procesos del ejemplo anterior la cuestión se plantea en términos diferentes. El supuesto a considerar sería el siguiente: estando pendiente una demanda de A frente a B en la que se pide que se declare que A no está obligado a pagar una cantidad a B, este último interpone una demanda reclamando de aquél el pago de la deuda discutida en el primer proceso. Sólo en apariencia la situación es similar a la anterior ya que, en este caso, la estimación de la segunda demanda comportaría para B un importante efecto que no deriva de la absolución en el primer proceso, a saber, la creación de un título ejecutivo que le permitiría proceder contra el patrimonio de A para hacer efectivo su derecho. Si bien se mira, en este caso la coincidencia del objeto de los dos procesos es sólo parcial: la existencia de la deuda forma parte del objeto de ambos procesos pero la condena al pago sólo es objeto del segundo. El caso ha de ser abordado, por tanto, aplicando los criterios arriba expuestos para los supuestos de coincidencia parcial de objeto: siendo, en este caso, más amplio el objeto del segundo proceso que el del primero, no debería aplicarse en el segundo, al menos en línea de principio, el efecto excluyente de la litispendencia.

Ahora bien, es cierto que si el primer proceso termina con sentencia de fondo estimatoria de la demanda, el segundo resultaría inútil. Y sucede, además, que el objeto del segundo proceso comprende, como presupuesto de la pretensión de condena al pago, la cuestión de la existencia de la deuda, que es precisamente el objeto del primer proceso. De ahí la conveniencia de evitar que el segundo proceso termine con sentencia de fondo antes que el primero ya que, de ocurrir esto, el primer proceso se vería afectado por la cosa juzgada del segundo, con la posibilidad de que el acreedor, demandado en el primer proceso y actor en el segundo, eluda de manera fraudulenta las consecuencias negativas de una eventual deficiente defensa en el primer proceso. En este caso, por tanto, la solución racional a la situación de pendencia simultánea de los dos procesos exige que no se decida sobre la condena al pago solicitada en el segundo proceso antes de que el primer proceso haya finalizado. La cuestión es cómo se ha de proceder para llegar a esa solución.

Una primera opción es, claro está, aplicar en el segundo proceso el efecto excluyente de la litispendencia. Si, ante el riesgo de que el primer proceso termine con sentencia de fondo estimatoria de la demanda (declaración de inexistencia de la deuda), se pone fin al segundo proceso sin decisión de fondo, se conseguirá, ciertamente el efecto pretendido puesto que, en caso de finalizar el primer proceso con sentencia absolutoria nada impedirá al acreedor presentar la correspondiente demanda pidiendo la condena al pago de la deuda. En esta línea puede situarse la jurisprudencia que, en los últimos años, viene sosteniendo que ha de apreciarse la litispendencia, en sentido excluyente, no sólo cuando el segundo proceso tiene exactamente el mismo objeto que el primero, sino también cuando la decisión del primer proceso pueda prejuzgar o interferir la decisión sobre lo que sea objeto del segundo. La STS 1ª de 9 de marzo de 2000 aplica esta doctrina en un caso que responde precisamente a las características del que hemos planteado como hipótesis de partida de estas reflexiones: en el primer proceso, el deudor demanda al acreedor para que se declare la nulidad del negocio del que deriva la deuda; en el segundo proceso, el acreedor ejercita frente al deudor la acción de condena al pago de la deuda; el Juzgado que conoció en primera instancia del segundo proceso apreció litispendencia y absolvió al demandado; la Audiencia revocó esta decisión y ordenó reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la

sentencia de primera instancia, suspendiendo ésta hasta que fuese decidido el primer proceso; finalmente, el Tribunal Supremo revocó la decisión de la Audiencia y confirmó la del Juzgado, invocando la doctrina de que “cabe apreciar la excepción cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo, ante la posibilidad de dos fallos que no puedan concurrir en armonía decisoria, al resultar interdependientes”²².

Sin embargo, la aplicación del efecto excluyente de la litispendencia en estos casos presenta algunos inconvenientes que no se deberían pasar por alto. Por un lado, se trata de una solución que no cuenta con un apoyo legal claro, en la medida en que el efecto excluyente de la litispendencia se vincula en la ley a que los dos procesos simultáneamente pendientes tengan “objeto idéntico” (art. 421.1) y en los casos que nos ocupan no existe propiamente identidad, sino conexión derivada de que el objeto del primer proceso (declaración de inexistencia de la deuda) es antecedente lógico de la decisión sobre el objeto del segundo (condena al pago de la deuda). Por otra parte, desde el punto de vista práctico, la radical exclusión del segundo proceso en tanto se encuentre pendiente el primero, aplicada en casos como estos, podría estimular prácticas procesales no conformes con las exigencias de la buena fe. Los deudores no dispuestos a pagar podrían plantearse, por ejemplo, presentar demandas de declaración de inexistencia de la deuda con el único objeto de obstaculizar el previsible ejercicio por el acreedor de la acción de condena; si estas demandas se presentaran poco antes del vencimiento, de tal manera que el acreedor demandado no pudiese ejercitar la acción de condena mediante reconvencción (por no estar vencida la deuda en el momento de la contestación), el deudor podría conseguir demorar varios años la condena al pago y, en consecuencia, la ejecución sobre su patrimonio. Cabría reflexionar también, en fin, sobre si es justo que al acreedor que ejercita la acción de condena se le deniegue, sin más, la decisión de fondo sobre su pretensión, con la consiguiente condena en costas, por la mera circunstancia de estar pendiente un proceso promovido por el deudor sobre la existencia de la deuda.

Otra opción podría ser la acumulación de los dos procesos. El caso que estamos considerando encaja a la perfección en el nº 1º del art. 76 LEC, que prevé la acumulación “cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro”. También cabría invocar el nº 2º del mismo artículo puesto que, de seguirse los dos procesos por separado, parece claro que podrían dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes. Para que la acumulación fuese viable tendrían que concurrir, además, el resto de los requisitos establecidos en la Ley. Con la acumulación,

²² La STS 1ª de 17 de febrero de 2000 se ocupa de un caso en el que también existen dos procesos entre las mismas partes en posiciones procesales invertidas, siendo el objeto del primer proceso antecedente lógico de la decisión del segundo: en el primer proceso, promovido por una sociedad mercantil, se pedía declaración de nulidad de la compra de acciones de la sociedad demandante por parte de la sociedad demandada; en el segundo, promovido por la sociedad demandada en el anterior, la actora solicitaba la anulación de una Junta de accionistas de la sociedad demandante del primer proceso; el TS confirmó la sentencia de la Audiencia, que había apreciado litispendencia en el segundo proceso. En el caso de la STS 1ª de 14 de noviembre de 1998, pendiente de decisión una reconvencción en la que un fiador pedía declaración de nulidad del contrato de fianza, el deudor principal promueve proceso frente al fiador reclamando el pago de la deuda; el TS rechazó en este caso la aplicación de la litispendencia al segundo proceso, pero con un razonamiento confuso en el que parece darse un especial peso al argumento - erróneo, en mi opinión- de que en el momento de dictarse la sentencia del segundo proceso, la reconvencción del primero ya había sido resuelta en sentido desestimatorio.

ciertamente, se evitarían pronunciamientos contradictorios y se conseguiría que la eventual sentencia de condena a que pudiese tener derecho el acreedor se dictara en las mismas actuaciones inicialmente promovidas por el deudor para la declaración de la inexistencia de la deuda. Se trata, sin embargo, de una solución no exenta de inconvenientes. El más importante, a mi modo de ver, deriva de la posibilidad de que el acreedor, presentando su demanda y solicitando luego la acumulación a los autos promovidos por el deudor, consiga eludir las consecuencias negativas de una deficiente defensa en el primer proceso: por ejemplo, no contestó a la demanda en el primer proceso y, mediante la acumulación de éste al promovido posteriormente por él logre introducir alegaciones que podría haber invocado como excepción en el primer proceso.

Estos inconvenientes podrían prevenirse condicionando la admisibilidad de la acumulación a que el acreedor no hubiese podido ejercitar la acción de condena mediante reconvencción, medida que, sin embargo, no cuenta con un apoyo legal claro. Por otro lado, una vez acumulados los dos procesos, sería interesante, quizá, que se diese oportunidad a las partes, especialmente al actor del primer proceso, para poner de manifiesto aquellas alegaciones efectuadas en la demanda del segundo que debieran excluirse del debate por referirse a cuestiones que forman parte del objeto del primeramente iniciado y que no hayan sido oportunamente alegadas en éste por causa imputable a la parte a quien puedan favorecer. Tampoco la Ley prevé expresamente esta oportunidad de alegaciones pero creo que, si se solicita, el Juez debería acordarla en directa aplicación de los principios procesales que están en la base de las reglas sobre preclusión de alegaciones. El mismo criterio debería aplicarse, en mi opinión, a las pruebas que hubiesen sido admitidas y, eventualmente, practicadas en el segundo proceso, cuando tales pruebas hubieran podido ser propuestas en el primero y no lo hayan sido por causa imputable a la parte interesada.

La pendencia simultánea de procesos del tipo de los que nos ocupan puede tratarse, finalmente, como un caso de prejudicialidad civil, con arreglo a lo previsto en el art. 43 LEC. Este precepto permite suspender las actuaciones del segundo proceso, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el primero. La suspensión requiere instancia de parte y que no sea posible la acumulación de autos.

6º.- QUE EL PROCESO EN EL QUE SE HAGA VALER LA LITISPENDENCIA HAYA COMENZADO CON POSTERIORIDAD AL QUE LA ORIGINA.

Alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo ha declarado que la litispendencia es aplicable en cualquiera de los dos procesos pendientes sobre la misma cuestión, sin importar cuál de ellos haya comenzado primero²³. Esta tesis es del todo inadmisibile. Desde un punto de vista teórico, porque el proceso que “nace muerto”, según la expresiva fórmula utilizada por SERRA²⁴ es el segundo y, por lo tanto, es éste el que debe ser excluido y, desde un punto de vista práctico, porque, de admitirse que no importa cuál de los dos procesos haya comenzado primero y que cualquiera de los dos puede quedar excluido por la litispendencia, se estarían abriendo infinitas posibilidades al fraude y a la mala fe procesal.

Aclarado que la litispendencia excluye el segundo proceso, el problema práctico que puede plantearse es el de determinar, en el proceso concreto en el que se invoca, si

²³ Así, STS 1ª de 25 de mayo de 1982; más recientemente, STS 1ª de 13 de octubre de 1997.

²⁴ SERRA, “Litispendencia”, cit., pág. 672.

el otro proceso pendiente comenzó o no con anterioridad. Para dar respuesta a esta cuestión es preciso enfrentarse al clásico problema del *dies a quo* de la litispendencia.

Ya antes de la nueva LEC, nuestra doctrina era concorde en que la litispendencia comienza con la presentación de la demanda, si ésta resulta admitida²⁵. Este criterio ha quedado ahora expresamente reconocido en el art. 410 LEC. Así, para determinar cuál de los dos procesos es anterior será preciso atender al momento en el que en ambos procesos se presentó la demanda. Sin en el proceso en el que se invoca la litispendencia se presentó la demanda con posterioridad al momento en el que se presentó la que dio origen al otro proceso, habrá de apreciarse la litispendencia; en caso contrario, no. En este último supuesto, si el juez que conoce de ambos procesos es el mismo, puede y debe apreciar de oficio la litispendencia en el proceso iniciado con posterioridad, aunque en él nada se haya alegado por las partes al respecto. Si son distintos los jueces que conocen de los dos procesos, el juez que rechaza la litispendencia por entender que el proceso del que está conociendo es el primeramente iniciado debería ponerlo en conocimiento del otro juez para que éste pudiera, en su caso, apreciar de oficio la litispendencia. Quizá fuera conveniente que la Ley estableciera, en relación con esta cuestión, unos mecanismos de comunicación entre los jueces y de decisión final por el superior común análogos a los previstos para la acumulación de procesos.

La jurisprudencia, que durante mucho tiempo mantuvo que la litispendencia comenzaba con el emplazamiento del demandado, también había aceptado, ya antes de la LEC, el criterio plasmado en ésta. Así, la sentencia de 14 de octubre de 1992, en un caso en que, atendiendo a las fechas de emplazamiento de los demandados, el proceso en el que se alegaba la litispendencia era, efectivamente, posterior, desestimó la excepción basándose en las fechas de presentación de las demandas “para reparto”, de acuerdo con las cuales, el proceso en el que se invocaba la litispendencia era el primeramente iniciado.

IV. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LITISPENDENCIA

Se examinan bajo esta rúbrica las cuestiones relativas a la forma en que se puede poner de manifiesto dentro de un proceso la existencia de otro anterior sobre idéntica cuestión y a las consecuencias que, dentro de dicho proceso, tendría la comprobación de esa circunstancia. También han de examinarse aquí las cuestiones referentes a la impugnación mediante recurso extraordinario de las decisiones sobre litispendencia de los órganos jurisdiccionales de instancia.

Hasta la nueva LEC, el tratamiento que nuestro Derecho procesal civil dispensaba a la duplicidad de procesos sobre un mismo asunto no era, en modo alguno, satisfactorio. Dicho tratamiento giraba en torno a dos características fundamentales, a saber:

1ª.- La contemplación de una doble respuesta a las situaciones de duplicidad de procesos sobre un mismo asunto: en efecto, tal situación podía dar lugar, bien a la

²⁵ Con alguna aislada, aunque significativa excepción: GÓMEZ ORBANEJA, por ejemplo, sostenía que, “a los efectos constitutivos del proceso, o litispendencia, debe afirmarse resueltamente que es la citación, y no la mera presentación de la demanda, lo que los produce”; cfr. *Derecho procesal civil*, vol. 1º, Madrid, 1979, pág. 257.

exclusión del segundo proceso y a su finalización sin decisión de fondo a través de la excepción de litispendencia que preveía el art. 533.5º de la LECA, bien a la acumulación de los dos procesos con idéntico objeto, de acuerdo con lo que establecían las reiterativas disposiciones de los números 1º y 2º del art. 161 y del número 1º del art. 162 de la LECA.

2ª.- Que la respuesta a las situaciones de duplicidad de procesos -tanto por vía de excepción como por vía de acumulación- quedaba en manos de las partes, de tal forma que, faltando la iniciativa de éstas, o no produciéndose dicha iniciativa en momento procesal oportuno, no podía el Juez impedir el desarrollo simultáneo de dos procesos sobre el mismo objeto litigioso y probablemente tampoco que ambos procesos finalizaran con decisión de fondo.

Estas dos características, que constituían dos graves defectos de nuestro ordenamiento procesal, reiteradamente denunciados por la doctrina y que, en alguna medida, habían sido ya atenuadas por una jurisprudencia correctora del Tribunal Supremo, han desaparecido de nuestro ordenamiento procesal civil con la nueva LEC. Conviene detenerse, siquiera sea brevemente, en estas dos cuestiones.

A) *LA PROHIBICIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS COMO RESPUESTA A LA LITISPENDENCIA.*

GUTIÉRREZ DE CABIEDES consideraba que la duplicidad de tratamiento de las situaciones de litispendencia era “chocante y perturbadora”. Minimizaba, sin embargo, la trascendencia práctica de esta duplicidad, ya que consideraba que “atendiendo a su resultado práctico, poca diferencia de hecho podrá producirse por la interposición de la excepción de litispendencia, o por la acumulación de los procesos pendientes” ya que “desde el punto de vista de lograr pronunciamientos que no sean incompatibles -última finalidad de la litispendencia- tanto se logra con la acumulación como con la (excepción de) litispendencia”²⁶.

Más crítico se mostraba SERRA, que reputaba “incomprensible que se conceda la acumulación de autos cuando el segundo proceso sea idéntico al anterior”. Desde un punto de vista teórico, y partiendo de la premisa de que una vez promovido un proceso se agotan “las posibilidades procesales del actor, faltando la necesidad de protección jurídica que justificaría la pendencia de otro proceso”, entendía SERRA que la única solución aceptable a las situaciones de litispendencia es la exclusión del proceso iniciado con posterioridad, proceso que, en realidad, “ha nacido muerto”. Por esta razón era injustificable conceder la acumulación de autos en los supuestos de litispendencia, ya que ello suponía que, iniciado un proceso sobre una determinada cuestión se reconociera eficacia a ulteriores procesos sobre el mismo tema²⁷.

Desde un punto de vista práctico, continuaba SERRA, la posibilidad de plantear un segundo proceso sobre el mismo objeto para pedir inmediatamente la acumulación facilitaba la mala fe procesal y podía dar lugar a problemas procesales de suma gravedad y difícil solución: ¿qué sucede, por ejemplo, -se preguntaba SERRA- cuando

²⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “La litis-pendencia”, cit., págs. 613 y sigs.

²⁷ SERRA, “Litispendencia”, cit., págs. 672-673.

acumulados dos procesos con idéntico objeto, el demandado en el segundo había alegado, antes de la acumulación, la excepción de litispendencia?²⁸

Sensible a estos planteamientos, la nueva LEC establece la improcedencia de la acumulación de procesos “cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse con la excepción de litispendencia” (art. 78.1). Este precepto ha de ser entendido, a mi juicio, como una prohibición absoluta de acumulación de procesos con objeto idéntico. Se ha defendido, en sentido contrario, que el art. 78.1 LEC no excluye absolutamente la acumulación de procesos con el mismo objeto, ya que permitiría tal acumulación cuando, estando pendientes dos o más procesos sobre la misma cuestión, el riesgo de sentencias contradictorias no pudiera evitarse mediante la excepción de litispendencia²⁹. Me parece, sin embargo, que no puede darse este caso o, lo que es lo mismo, que estando pendientes dos procesos sobre el mismo objeto, el riesgo de sentencias contradictorias puede *siempre* conjurarse mediante la excepción de litispendencia, de tal forma que *nunca* sería procedente la acumulación.

La redacción del art. 78.1 LEC podría quizá suscitar dudas cuando se pidiese la acumulación de dos procesos con objeto idéntico, no habiéndose planteado en ninguno de los dos la excepción de litispendencia y encontrándose ambos en estado en el que dicha excepción ya no pudiera ser alegada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que una eventual solicitud de acumulación de dos procesos con idéntico objeto serviría para poner de manifiesto al juez del segundo proceso la situación de litispendencia y, ante tal situación, el juez debe aplicar de oficio las consecuencias legalmente anudadas a tal situación, es decir, el sobreseimiento del proceso sin decisión de fondo. Este deber de apreciación de oficio de la litispendencia en cuanto se pone de manifiesto la pendencia simultánea de dos procesos sobre la misma cuestión litigiosa ha de conducir a la finalización del segundo proceso sin decisión de fondo antes de entrar a valorar la concurrencia de los presupuestos legales de la acumulación.

Hay que tener en cuenta, además, que el efecto excluyente de la litispendencia no sirve únicamente a la finalidad de evitar sentencias contradictorias. Si así fuera, tanto daría, en efecto, poner fin al segundo proceso sin decisión de fondo como acumular ambos para decidirlos en una única sentencia. Pero con la regla que impone la terminación sin decisión de fondo de ulteriores procesos con idéntico objeto a uno anterior pendiente se trata sobre todo de desincentivar comportamientos procesales fraudulentos y de evitar la utilización abusiva de los recursos de la administración de justicia. Y con referencia a estas dos últimas finalidades la acumulación no sólo se muestra inane, sino incluso contraproducente: la mera esperanza de poder obtener la acumulación, siquiera sea excepcionalmente, constituye un estímulo para que se presenten segundas demandas sobre asuntos ya pendientes ante los tribunales con la finalidad de “subsana” deficiencias en los planteamientos de ataque o defensa del primer proceso. Y conviene tener presente aquí que, a diferencia de lo que sucedía con la regulación anterior, la nueva se muestra generosa en posibilidades de subsanación de deficiencias dentro del propio proceso en que éstas se hayan producido: en la audiencia

²⁸ SERRA, “Litispendencia”, cit., pág. 672.

²⁹ Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con De la Oliva, Vegas y Banacloche), Madrid, 2001, pág. 216; ARMENTA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con Cerdón Moreno, Muerza, Tapia y otros), Pamplona, 2001, vol. I, pág. 515.

previa al juicio puede remediarse la irregular constitución de la litis (art. 420); pueden aclararse demandas defectuosas (art. 424); cabe alegar hechos nuevos o de nueva noticia (art. 426.4), posibilidad que sigue abierta incluso en el acto del juicio (art. 433.1); el actor y el demandado reconviniente pueden efectuar alegaciones complementarias a la vista del contenido de las respectivas contestaciones (art. 426.1); y es posible, incluso, añadir peticiones accesorias o complementarias que deben ser admitidas, incluso cuando la parte contraria se oponga, si el juez estima que la admisión de la petición nueva formulada en la audiencia “no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad” (art. 425.3). Con todo este abanico de posibilidades es realmente difícil imaginar un caso en el que la presentación de una segunda demanda sobre lo mismo y posterior acumulación de ésta a la primera pueda tener alguna justificación.

Considero, en resumen, que, tanto desde un punto de vista teórico como muy especialmente desde un punto de vista práctico es inaceptable resolver las situaciones de litispendencia acumulando el segundo proceso al primero. Es cierto que, desde el punto de vista de evitar el doble pronunciamiento jurisdiccional, tanto da excluir el segundo proceso como acumularlo al primero, pero no es éste el único problema que plantean las situaciones de litispendencia. La incoación del segundo proceso entraña un perjuicio claro en términos de economía procesal y va normalmente encaminada a burlar las normas procesales sobre preclusión de alegaciones o de aportación de documentos, cuando no directamente a provocar dilaciones injustificadas en el primer proceso precisamente mediante la solicitud de acumulación de autos. Y frente a estas indeseables consecuencias de la duplicidad de procesos sobre el mismo asunto sólo se puede reaccionar negando cualquier eficacia al segundo proceso.

B) EL CONTROL DE OFICIO DE LA LITISPENDENCIA

En la regulación anterior, la reacción frente a las situaciones de duplicidad de procesos pendientes sobre un mismo asunto sólo podía producirse, si se atiende a lo que disponía la LECA, a iniciativa de las partes. La acumulación de autos sólo era posible a instancia de parte legítima (art. 160 LECA) y la exclusión del segundo proceso sólo podía conseguirse si el demandado hacía valer en tiempo y forma la excepción de litispendencia del art. 533.5º LECA.

Tras este tratamiento de la litispendencia como excepción latían, como observaba GUTIÉRREZ DE CABIEDES, los viejos principios de la “concepción privatista del proceso”³⁰. Pero el Derecho procesal moderno rechaza la aplicación de dicha “concepción privatista” al tratamiento de la litispendencia (y, en general, al tratamiento de los presupuestos y óbices de la decisión de fondo). La exclusión del segundo proceso en las situaciones de litispendencia sirve, efectivamente, para tutelar el derecho del demandado a no verse injustamente sometido dos veces y de manera simultánea al mismo proceso, pero no es ésta la única y, ni siquiera, la principal finalidad que se persigue con dicha exclusión. En este sentido, el propio GUTIÉRREZ DE CABIEDES hacía notar que “si se trunca un proceso idéntico a otro es porque la seguridad del Derecho exige evitar resoluciones firmes contradictorias, al mismo tiempo que el principio de

³⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “La litis-pendencia”, cit., pág. 616.

economía procesal impone la eliminación de una actividad procesal doble”³¹. Y estas consideraciones de seguridad jurídica y de economía procesal sitúan a la exclusión del segundo proceso más allá del ámbito de la tutela de los derechos del demandado e imponen la vigilancia de oficio de la litispendencia por el Juez.

Es este un punto en el que puede decirse que reinaba acuerdo en nuestra doctrina, acuerdo que cristalizó en su día en la redacción dada al art. 405 de la “Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil” de los Profesores de Derecho Procesal, en el que se establecía el sobreseimiento de oficio del proceso cuando el juez estimase la pendencia de otro juicio.

En la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 abandonó la tradicional concepción de la litispendencia como excepción sólo apreciable previa oportuna alegación del demandado. Esta sentencia confirmó las dictadas en las dos instancias anteriores, que habían puesto fin al proceso sin entrar en el fondo de la reconvenición por estimar existente una situación de litispendencia alegada por el actor reconvenido en el trámite de conclusiones de un juicio de menor cuantía. El Tribunal Supremo afirma que la extemporaneidad de la alegación de la litispendencia no impide al juzgador tenerla en cuenta y se basa, para llegar a esta conclusión, en que la litispendencia debe ser apreciada de oficio por el Juez o Tribunal cualquiera que sea el momento en el que compruebe la existencia de un litigio anterior pendiente sobre el mismo asunto. Esta doctrina fue mantenida en otras sentencias posteriores³².

La nueva LEC, al establecer el control de oficio de la litispendencia, ha dado pleno respaldo legal al criterio mayoritario en la doctrina y a la línea jurisprudencial que ya se había abierto en los últimos años de aplicación de la LECA. En este sentido, y con independencia de lo que luego se dirá, me parece que el tenor literal del art. 421.1 LEC no deja lugar a dudas: el sobreseimiento del proceso por causa de litispendencia se hace depender de que “el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio (...) sobre objeto idéntico”, sin condicionar tal apreciación a que la litispendencia haya sido alegada por el demandado en la contestación a la demanda³³.

Concebida la litispendencia como fundamento de una excepción, sólo alegable por el demandado y que no podía ser apreciada de oficio por el Juez, era natural que se considerase que el propio demandado tenía la carga de probar al juez la existencia de la situación de litispendencia, sin que el juez pudiera suplir o subsanar la ausencia o insuficiencia de la prueba suministrada por el demandado sobre este punto. Superada la concepción “privatista” de la litispendencia y abierto el camino a su apreciación de oficio, no puede mantenerse ya que la prueba de la pendencia de un proceso anterior sobre idéntico asunto sea de incumbencia exclusiva del demandado. Por el contrario, debe afirmarse que el Juez, ante una alegación de litispendencia formulada en términos mínimamente verosímiles, tiene el deber de acordar de oficio cuantas diligencias sean precisas para comprobar si existe realmente la litispendencia denunciada y ello aunque

³¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “La litis-pendencia”, cit., pág. 616.

³² Así, SS. TS 1ª de 17 de febrero de 2000, 17 de marzo de 1997, 27 de diciembre de 1993 y las que en ellas se citan.

³³ Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con Cordón Moreno, Armenta, Muerza y otros), vol. I, cit., págs. 1422-1423 y BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con De la Oliva, Díez-Picazo y Vegas), cit., pág. 711.

el demandado se despreocupe completamente de probar los hechos que fundamentan su alegación.

C) EFECTOS DE LA APRECIACIÓN DE LA LITISPENDENCIA

Apreciada la litispendencia, el proceso debe terminar lo antes posible y, en todo caso, sin pronunciamiento de fondo. El segundo proceso, como dice SERRA, ha “nacido muerto” y, por tanto, una vez comprobada la litispendencia, no tiene ningún sentido que continúe sustanciándose. La LEC facilita, en efecto, que la litispendencia se aprecie en los primeros compases del proceso. Así, en el juicio ordinario, la posible existencia de litispendencia es uno de los extremos que han de comprobarse en la audiencia previa al juicio (art. 421 LEC). Si se comprueba la existencia de litispendencia, el proceso finaliza de inmediato, con un auto de sobreseimiento, lo que permite evitar la celebración del juicio. En el juicio verbal, que concentra prácticamente todas sus actuaciones en la vista, se prevé, no obstante, que el examen de las cuestiones que puedan obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo (entre las que cabe incluir, sin duda, la posible existencia de litispendencia) tenga lugar antes de los turnos de alegaciones para la fijación de los hechos controvertidos, lo que permite evitar, en caso de apreciarse la litispendencia, tanto ese turno de alegaciones como la proposición y práctica de la prueba (art. 443 LEC).

Pese a todo, no cabe descartar que haya casos en que la noticia del proceso anterior con objeto idéntico se produzca después de los momentos procesales indicados. Aun en estos casos, entiendo que la litispendencia debe ser apreciada, dando lugar a la finalización del proceso sin decisión de fondo. Si la litispendencia fuese apreciada una vez concluida la tramitación ordinaria del proceso según las previsiones legales (después de celebrado el juicio, en el juicio ordinario, o después de concluida la vista, en el juicio verbal), el proceso debe finalizar mediante sentencia (art. 206.1.3ª LEC), que habrá de ser absolutoria de la instancia.

D) LA LITISPENDENCIA Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

Los pronunciamientos sobre litispendencia de los órganos jurisdiccionales de instancia son impugnables mediante recurso extraordinario por infracción procesal. El cauce adecuado para impugnar las cuestiones referentes a la litispendencia, ha de ser, en principio, el del número 2º del art. 469 LEC. Los problemas que plantea la litispendencia a efectos de recurso extraordinario son análogos a los que suscita la cosa juzgada y, si el cauce adecuado para denunciar las infracciones jurídicas relativas a esta última es el de la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia³⁴, a idéntica conclusión debe llegarse en relación con la litispendencia.

Cabe añadir, no obstante, que las resoluciones que, apreciando la litispendencia, pongan fin al proceso sin decisión de fondo podrán ser también impugnadas al amparo del ordinal 4º del propio art. 469 LEC (vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución), ya que tales

³⁴ DE LA OLIVA, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo), cit., pág. 523.

pronunciamientos, en caso de ser infundados, comportarían una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Por esta misma vía, en caso de que se confirmara la resolución impugnada, podría prolongarse la discusión sobre la litispendencia en el recurso de amparo constitucional.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo afirman que la apreciación por el Tribunal de instancia de las identidades que determinan la procedencia de la litispendencia es una cuestión de hecho, lo que dificultaría gravemente la fiscalización de la litispendencia mediante los recursos extraordinarios (en este sentido, cfr. STS 1ª de 26 de junio de 1992). Esta doctrina no me parece acertada: en materia de litispendencia, los únicos puntos que son verdaderamente de naturaleza fáctica y cuya apreciación depende realmente de la prueba, son los relativos a la efectiva pendencia de otro proceso y a la prioridad temporal de éste. Una vez fijados estos extremos, el problema de la identidad de los objetos de los dos procesos en cuestión es materia estrictamente jurídica, que ha de resolverse con la aplicación de los criterios establecidos en el art. 222 LEC.