

# EL SILENCIO DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

DISCURSO DE INGRESO  
EN LA REAL ACADEMIA ARAGONESA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
LEÍDO POR EL

**Excmo. Sr. Don Juan Francisco Herrero Perezagua**

EL DÍA 2 DE JULIO DE 2024

Y CONTESTACIÓN DEL

**Excmo. Sr. Don Ángel Bonet Navarro**



Zaragoza, 2024





# EL SILENCIO DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

DISCURSO DE INGRESO  
EN LA REAL ACADEMIA ARAGONESA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
LEÍDO POR EL

Excmo. Sr. Don Juan Francisco Herrero Perezagua

EL DÍA 2 DE JULIO DE 2024

Y CONTESTACIÓN DEL

Excmo. Sr. Don Ángel Bonet Navarro



Zaragoza, 2024

Edita:

Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

Imprime: Tipolínea. Grupo Edelvives

Ctra. de Madrid, km 315,7. 50012 Zaragoza

Depósito Legal: Z-1107-2024

# ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. EL SILENCIO QUERIDO O DESCUIDADO .....	8
1. Quien calla otorga.....	8
1.1. El silencio y la fijación de los hechos .....	9
A) El silencio en las alegaciones .....	9
B) El silencio en el interrogatorio.....	10
C) El silencio por la ausencia .....	11
D) La omisión de la información requerida y debida.....	12
1.2. El silencio en perjuicio de la eficiencia.....	14
1.3. El silencio y el deber de cooperación en las Reglas Modelo Europeas	19
1.4. El silencio del demandado determinante de la fundamentación fáctica de la pretensión y el silencio del demandante determinante del alcance de la pretensión .....	20
A) Las tercerías.....	21
B) El silencio del solicitante en el proceso monitorio .....	25
1.5. El silencio determinante del juicio estimatorio .....	26
A) Las tutelas sumarias.....	26
B) Los procesos de estructura o técnica monitorio.....	35
2. Haberlo dicho antes (a su tiempo) y quien calla ni afirma ni niega .....	43
2.1. La preclusión conforme a la ley .....	43
2.2. La preclusión más allá de la ley .....	46
2.3. Aunque no lo haya dicho (pero hasta cierto punto).....	51
A) El punto de partida .....	51
B) Los límites .....	54
C) Más allá del momento oportuno o del proceso seguido .....	56
III. CODA .....	67
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	69
DISCURSO DE CONTESTACIÓN DE DON ÁNGEL BONET NAVARRO ....	73



## I. INTRODUCCIÓN

1. El proceso es un territorio atravesado por la palabra. Solo la palabra desencadena su puesta en marcha y solo la palabra le pone fin. A lo largo de su recorrido asistimos a la palabra que dice y la que contradice (o se aviene), la que propone y la que admite (o inadmite), la que pide y la que concede (o deniega), la que ofrece y la que rechaza (o acepta), la que requiere y la que cumple (o desatiende), la que desiste y la que se conforma (o persiste), la que recurre y la que revoca (o confirma), la que ordena y la que acata (o se resiste).

Pero el proceso es también un territorio salpicado por el silencio. En un proceso regido por la oralidad —que hoy, entre nosotros, parece obligada a batirse en retirada— el silencio evoca la elocuencia misteriosa que se asienta sobre la retórica del silencio, como aquella que cultivó Gracián invitando a hacer uso, y haciéndolo él mismo, de todos los recursos a su alcance «para suspender, retener y decir por medio de la pausa, el paréntesis o la elusión»<sup>1</sup>. El silencio en el discurso que expone o concluye, con ánimo de centrar, realzar o persuadir, es un recurso del buen hablar que capta y mantiene la atención de quien lo escucha, alumbra intensamente la palabra a la que acompaña y, a la par, empequeñece, ensombrece u oculta la que no se pronuncia, como si solo aquella fuera la importante y esta, la irrelevante o superflua. El silencio, conscientemente elegido, obedece a una intención y se trava con el discurso que le da su contexto, lo refuerza, lo enfatiza, lo reconduce. La pregunta formulada a la que no llega la respuesta adquiere por ese hecho un significado preciso: el sinsentido, la perplejidad, lo absurdo de lo pretendido. El anuncio al que sigue el silencio antes de dar cuenta de lo anunciado acrecienta la expectativa, reclama la atención, potencia la escucha. Nuestro premiado dramaturgo Mayorga, que tanto ha reflexionado sobre el silencio y que tan sugerente uso de él ha hecho en su teatro, decía en el discurso con el que ingresó en la Real Academia Española que «[l]os elocuentes saben que, si la sigue o la precede un silencio, el valor de una palabra se transforma»<sup>2</sup>.

2. No es ese silencio el objeto de estas páginas. En ellas se trata de atender a lo que no se dice, lo que se deja de decir o lo que no se deja decir cuando hay ocasión para hacerlo y a los efectos que se anudan al silencio guardado o impuesto, como también a aquellos casos en que se dice lo que no está permitido decir, esto es, en los que se debió guardar silencio y no se guardó. A buen seguro escaparán de las consideraciones que aquí se brinden algunos silencios que podemos adivinar o intuir, pero

---

<sup>1</sup> EGIDO (1996: 50 y 51).

<sup>2</sup> MAYORGA (2019: 16).



que no se reflejan en las actuaciones procesales, como la omisión de una determinada circunstancia o de un consejo en la relación entre el justiciable y su abogado o la discrepancia que calla un magistrado cuando delibera con sus compañeros de sala. Pertenecen al ámbito privado y aun al ámbito interno de cada cual y adentrarse en ellas es deslizarse por el terreno de la especulación.

## II. EL SILENCIO QUERIDO O DESCUIDADO

3. En el ámbito general de la comunicación descubrir el significado del silencio es tarea no solo difícil, sino arriesgada, sobre todo por la pluralidad de interpretaciones a que pueden conducir los distintos elementos que confluyen en el acto de la comunicación (los sujetos, el contexto, la forma en que se produce...). Si atendemos a su trascendencia jurídica, la dificultad se aprecia con más intensidad en el marco del negocio jurídico y se acentúa en lo que respecta a la atribución de un determinado valor como expresión o declaración de voluntad y, en concreto, bajo qué condiciones puede anudarse una concreta eficacia al silencio observado<sup>3</sup>. La tensión se sitúa entre dos polos que pueden condensarse en dos expresiones clásicas recibidas también en el lenguaje cotidiano: de una parte, la máxima *quien calla otorga*; de otra, y en contraposición, *quien calla ni afirma ni niega*. En el proceso, una y otra tienen sus manifestaciones y cada una, a su vez, sus perfiles y matices. En todo caso, es la ley la que atribuye el significado y acota el margen del juzgador en la determinación de las consecuencias que hayan de anudarse a él.

El primero de los adagios referidos está, sin duda, más extendido en el acervo popular, hasta el punto de hallarse incorporado al refranero. No es, en cambio, la regla en el proceso. Pero cabe inferir que, por su rotundidad o su falta de complejidad, empezar por ella sea un buen modo de adentrarse en la cuestión.

### 1. Quien calla otorga

4. La regla que impera en nuestro ordenamiento procesal civil es bien conocida: el demandado que calla (que no comparece) no por ello consiente. El art. 496.2 LEC la refleja con este tenor:

«La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario».

Y esos casos, con ser contados, tienen una indudable relevancia por el ámbito de la litigación en que se manifiestan y el momento procesal en que se insertan. Todos participan de una nota común: separarse de la regla de equiparar el silencio a la falta de aceptación; pero cabe apreciar, como dato diferencial, una gradación entre ellos atendiendo a las consecuencias que se anudan a cada uno (la admisión de los hechos o la conformidad con la pretensión) y la vinculación del juzgador a la conducta pasiva del litigante (según opere de modo automático o haya de ser valorada por el juez).

---

<sup>3</sup> Sobre estas cuestiones, MARTÍNEZ VELA (2012), PÉREZ ÁLVAREZ (2013) y LÁZARO GUILLAMÓN (2016). De especial interés es el recorrido que ofrecen sobre el significado de estos brocados en las fuentes romanas y medievales (con la reinterpretación de los glosadores y su enunciado en el Derecho canónico).

### 1.1. El silencio y la fijación de los hechos

#### A) *El silencio en las alegaciones*

5. Conforme a lo establecido en el art. 405.2 LEC, el silencio que guarde el demandado en la contestación respecto de los hechos aducidos por el actor podrá ser considerado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales. El precepto equipara las respuestas evasivas al silencio. El carácter evasivo de una respuesta denota que elude o se escapa de aquello sobre lo que se espera o se exige que se pronuncie. En tal sentido, puede afirmarse que calla u omite lo que debe decir, en definitiva, que guarda silencio sobre ello, aunque otra pueda ser la apariencia. Esta carga que pesa sobre el demandado será mayor cuanto mayor sea la claridad y el detalle con que haya expuesto el actor su relato fáctico<sup>4</sup>, puesto que podrá apreciarse más fácil, precisa y acertadamente la correspondencia o falta de correspondencia entre las alegaciones vertidas al respecto por uno y otro litigante y, en el segundo caso, aplicar la sanción que la ley anuda al silencio, es decir, la *ficta confessio*. El precepto referido se inserta entre las disposiciones del juicio ordinario, pero ha de extenderse también al juicio verbal, teniendo en cuenta que la norma que regula la contestación en este último (art. 438 LEC) se ocupa de las especialidades propias de este cauce procedimental, por lo que hay entender trasladables las establecidas con carácter general en el art. 405 (como son las relativas a la forma, la estructura y el orden de las alegaciones, el contenido y, en particular, la negación o admisión de hechos). El silencio o la inconcreción en la contestación a este respecto (como puede serlo una negación de carácter genérico) no debe ser entendido como un defecto formal, sino como la inobservancia de una carga; en consecuencia, no debería darse ocasión a su subsanación, con independencia de que pudiera ser objeto de aclaración en la audiencia previa o la vista.

6. Los hechos admitidos se tienen por ciertos. Las consecuencias de haber adquirido esa certeza se reflejarán en la sentencia. Pero puede haberlas también en el procedimiento probatorio puesto que los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes están exentos de prueba (art. 281.3 LEC) y la prueba que no pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (y los admitidos, no lo son), debe inadmitirse (art. 283.2 LEC). La plena conformidad, como señala De la Oliva<sup>5</sup>, «es expresión que se refiere al reconocimiento expreso de la certeza de los hechos alegados por la parte contraria» y tal reconocimiento puede producirse en la contestación, en la audiencia previa, si del juicio ordinario se trata, o en la vista del verbal. Y, manifestada de ese modo, no hay margen de apreciación para el juez: habrá necesariamente de partir de la certeza de tales hechos, de ahí que cualquier petición de actividad probatoria sobre ellos deba ser rechazada: será una prueba inútil que, recuérdese, el art. 283.3 LEC sanciona con la inadmisión. La admisión tácita, en cambio, recibe otro tratamiento.

7. La admisión tácita se anuda al silencio a las respuestas evasivas del demandado sobre los hechos que le sean perjudiciales (art. 405.2). Tener por ciertos tales

---

<sup>4</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001: 678). Como señala este autor, «[l]o que se deduce de este precepto es que el demandado tiene la carga de aportar un relato fáctico alternativo que resulte coherente».

<sup>5</sup> Cfr. DE LA OLIVA SANTOS (2001: 512).

hechos exige una operación de deducción del juzgador, una operación que puede conducir a esa conclusión o a su contraria y que, por lo común, solo podrá alcanzarse atendiendo al resultado de toda la actividad probatoria, lo que, por un lado, invita a no aplicar la sanción de inadmisión si se propone prueba sobre tales hechos y, por otro, remite a efectuar ese enjuiciamiento en la sentencia. Solo en el caso de que en la audiencia previa o en la vista se hubiera despejado toda incertidumbre sobre el significado del silencio, cabría sostener que la prueba propuesta debe inadmitirse por carecer de utilidad. Exigiría este proceder aplicar con rigor lo establecido en el art. 414.1.III LEC cuando señala que la audiencia previa se ha de llevar a cabo para, entre otras cosas, fijar con precisión los extremos de hecho sobre los que exista controversia entre las partes.

### *B) El silencio en el interrogatorio*

8. El silencio y las respuestas evasivas juegan en un sentido bidireccional cuando de la prueba del interrogatorio de parte se trata, pues tanto el actor como el demandado pueden ser citados a declarar y tanto uno como otro pueden incurrir en la *facta confessio*. La consecuencia que anuda el art. 307 LEC a la negativa a declarar o al hecho de hacerlo con respuestas evasivas o inconcluyentes es la de considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieren las preguntas: nos encontramos nuevamente ante una facultad del juez que, en este caso, se liga, además a la concurrencia de tres requisitos: 1º) que el interrogado hubiese intervenido en tales hechos personalmente; 2º) que su fijación como ciertos le resulte perjudicial en todo o en parte; y 3º) que el tribunal le aperciba de la consecuencia antes señalada (la admisión de hechos).

9. El apercebimiento a que se refiere el art. 307 tiene lugar en el propio acto del interrogatorio: brinda al interrogado la posibilidad de corregir su actitud con la advertencia de lo que le puede deparar el hecho de persistir en ella. Solo si se ha llevado a cabo tal apercebimiento, podrá desplegarse la consecuencia de tener por reconocidos como ciertos los hechos<sup>6</sup>; y si se formuló oportunamente y el interrogado no lo atendió, en la sentencia se deberá reflejar el efecto probatorio ligado a tal conducta: si se tienen por ciertos los hechos, bastará con dejar constancia de la persistencia del interrogado apercebido en su actitud de no responder o de mantener sus ambigüedades e imprecisiones; en caso contrario, deberá expresar las razones que le conducen a no aplicar la *facta confessio*. Las razones que pueden contradecir el efecto anudado al silencio vendrán dadas por el resultado de las demás pruebas; así se infiere del art. 316.1 LEC que, aunque pensado principalmente para aquellos casos en que haya tenido lugar la declaración y con ella el reconocimiento de los hechos, cabe trasladar a los supuestos que ahora nos ocupan en virtud de la ficción legal que equipara sus consecuencias. Como señala Jiménez Conde<sup>7</sup>, «solo aquellos medios de prueba estimados de “alta fiabilidad” pueden reputarse hábiles para desvirtuar lo reconocido como cierto por una parte en su perjuicio»; esta caracterización remite, en primer lugar, a los documentos y al reconocimiento judicial, en los que la certeza la proporciona la valoración legal que establece la ley y la directa observación por el juez, respectivamente. Y a ellos habría que añadir, en segundo lugar y como el citado autor expresa, los casos siguientes: la concurrencia de varias pruebas, suficientemente fiables, que apunten en la misma dirección; el dictamen pericial que verse sobre

<sup>6</sup> Como muestra, SAP de Zaragoza (sec. 5ª) 76/2012 de 8 febrero.

<sup>7</sup> Cfr. JIMÉNEZ CONDE (2007: 185-188).

algún extremo de las llamadas ciencias exactas; las filmaciones, grabaciones y archivos de datos de indubitada autenticidad; y las declaraciones testificales solo cuando su veracidad sea evidente.

*C) El silencio por la ausencia*

10. También la incomparecencia al juicio o a la vista puede aparejar idéntica consecuencia: que el tribunal considere reconocidos los hechos. Así lo dispone el art. 304 LEC que, del mismo modo que el ya citado art. 307, otorga a esta apreciación un carácter potestativo, la difiere a la sentencia y la liga a la intervención personal del interrogado en los hechos y a que su fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial.

11. Pero conviene detenerse en dos diferencias relevantes en torno a este silencio que atañen al apercibimiento y a la ausencia de preguntas por no poder practicarse el interrogatorio.

a) El art. 304 LEC sitúa el apercibimiento —que no solo precede a las respuestas, sino a la formulación de las eventuales preguntas— en la citación, lo que nos remite a dos momentos distintos según se trate del juicio ordinario o del verbal. En el primero de ellos, se practicará de forma oral por el juez en la audiencia previa, de lo que quedará constancia en la grabación del acto. En el verbal, tras la reforma que introdujo la contestación escrita, la cuestión queda resuelta al especificar el art. 440.1.III LEC<sup>8</sup> —como uno de los contenidos de la citación para la vista que el letrado de la Administración de Justicia dirigirá a las partes— que en ella

«se advertirá a los litigantes que, si no asistieren y se hubiere admitido su interrogatorio, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304».

La omisión de este apercibimiento impedirá, concurriendo el supuesto de hecho (la incomparecencia), que se despliegue la consecuencia (la *ficta confessio*).

b) Producida la incomparecencia, el interrogatorio no tiene lugar ni, por tanto, se formula pregunta alguna. La cuestión que se suscita en tal caso es determinar qué alcance tendrá, entonces, el silencio del llamado a declarar. Comparto la opinión de los comentaristas<sup>9</sup> del precepto cuando señalan que la fijación de los hechos que se podrán tener como ciertos solo será posible si quien pide el interrogatorio ha dejado constancia, en el momento de proposición de la prueba, de los hechos sobre los que pretende preguntar. Bastará, a mi parecer, con que se refiera a los hechos sostenidos en la demanda, o al modo en que estos se produjeron según el relato fáctico de la demanda, que constituyen el presupuesto del que extraer la consecuencia jurídica afirmada en la pretensión.

12. Más allá de lo que prescriben las normas para estos casos de silencio, me parece que interesa identificar el fundamento que las anima. La SAP de Sevilla (sec. 6<sup>a</sup>) 275/2011, de 8 de septiembre, lo expresa con acierto. Se trataba de un caso de responsabilidad civil por daños en que no había otras pruebas adecuadas para acreditar los hechos relevantes del litigio que el interrogatorio del demandado. Al respecto,

---

<sup>8</sup> La redacción actual —la que le ha dado el Real Decreto-ley 6/2023— no ha alterado el sentido de la anterior.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI (2000: 1437) y DE LA OLIVA SANTOS (2001: 546).

la sentencia va exponiendo de forma escalonada los argumentos que confluyen en la identificación del fundamento al que antes me refería:

a) no hacer uso de la facultad que concede el art. 304 al juez, el juego de la carga de la prueba (art. 217) «beneficiaría a la parte que, con su postura obstaculizadora de la práctica de la prueba, al no haber comparecido para ser interrogado, ha impedido que el interrogatorio pueda ser realizado»;

b) «es la parte incomparecida la que está obstaculizando el acceso de la parte proponente a la fuente de prueba»;

c) la referida obstaculización no puede beneficiar al obstaculizador, lo que lleva a concluir que el demandado «ha admitido los daños que se produjeron del modo sostenido en la demanda» y, consiguientemente, «a considerar probados los hechos alegados como sustento fáctico de la demanda».

El valor del silencio se vincula a la falta de actitud colaborativa del litigante. Las consecuencias negativas deben recaer sobre quien mantiene esa actitud. El Tribunal Constitucional ya lo había expresado respecto de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad. En la STC 7/1994, de 17 de enero, que invoca otras precedentes, declaró que

«cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad»;

y a la luz de esta premisa concluyó que

«los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, [no] pued[e]n repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza».

#### *D) La omisión de la información requerida y debida*

13. Este fundamento —que, como se ve, cabe extenderlo a un ámbito mayor que el ahora examinado— se liga directamente al silencio en la regulación que incorporó la LEC [arts. 283 bis a) y ss] en materia de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho a la competencia y a la que se remite la Ley de Secretos Empresariales (Ley 1/2019, de 20 de febrero). En su virtud, el juez puede ordenar a una de las partes (por lo común al demandado) que exhiba determinada información. Para acordarlo, esa información debe servir para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión indemnizatoria o, en su caso, una defensa de repercusión del sobrecoste; y, además, tendrán que concurrir unos determinados requisitos: el solicitante habrá de aportar un principio de prueba y el juez atenderá al principio de proporcionalidad<sup>10</sup>. El incumplimiento se sanciona por la ley de un modo gradual:

---

<sup>10</sup> Para ello tomará en consideración, como especifica el apartado tercero del art. 283 bis a), los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados, el respaldo que proporcionen otros hechos y pruebas, el alcance y coste de la exhibición y el hecho de que incluya información confidencial.

a) la negativa a facilitar la información requerida da pie a que el tribunal emplee los medios necesarios para su ejecución; si fuera necesario, pueden consistir, según establece expresamente la ley, en la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios y en la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentre;

b) pero si la conducta del requerido no solo es pasiva (el silencio), sino que va más allá (un silencio agravado), al destruir u ocultar las fuentes de prueba o impossibilitar el acceso a ellas, las consecuencias pueden ser las propias de la *facta confessio* (tener por admitidos los hechos, por tácitamente allanado al demandado o por desestimadas las excepciones o reconvencciones que pudiese ejercitar en el proceso principal) o, también, la imposición de una multa o la condena en costas (del propio incidente de acceso a las fuentes de prueba y del proceso principal, cualquiera que sea el resultado de este).

Como ha señalado Gascón, establecer la responsabilidad y los daños en este tipo de litigios es una cuestión que tropieza con las dificultades que entraña la determinación de los hechos. El propósito de la ley —como el de la Directiva a cuya transcripción responde— es evitar que esas dificultades «se conviertan, en la práctica, en barreras que impidan el éxito de reclamaciones justas y minen el principio de efectividad de las normas sobre defensa de la competencia»<sup>11</sup>. Las sanciones se explican, en definitiva, por hacer recaer sobre quien obstaculiza el buen fin del proceso las consecuencias negativas de su actitud obstruccionista.

14. La exhibición de pruebas es un mecanismo para corregir la asimetría de la información entre las partes del litigio; es el infractor el que sabe lo que ha hecho y es el perjudicado el que no conoce suficientemente las circunstancias que pueden fundar su pretensión indemnizatoria. Es este el que pide de aquel que diga lo que solo él sabe. La determinación del silencio sancionable aún exige precisar dos extremos referidos a sus límites, uno que lo ciñe y otro que lo desborda y a los que se ha referido la STJUE de 10-11-2022 (C-163/2021, Paccar):

a) la solicitud de pruebas, además de pertinente, tiene que ser específica y proporcionada; la pertinencia remite a la relación entre las pruebas solicitadas y la pretensión indemnizatoria; la especificidad, a la precisión suficiente de las pruebas o categorías de pruebas que excluye su carácter general y las conocidas como «expediciones de pesca»; y la proporcionalidad, a la ponderación del coste y la carga de trabajo que podría ocasionar la práctica de lo solicitado si fuera acordado; además, sigue recayendo sobre el demandante la tarea de demostrar la existencia y el alcance del perjuicio;

b) por otro lado, colmar el silencio puede ir más allá de la exhibición de documentos existentes que estén en poder de aquel de quien se requiere; como ha señalado la sentencia antes citada,

«la referencia efectuada en dicha disposición a las pruebas pertinentes en poder de la parte demandada o de un tercero comprende también las pruebas que la parte frente a la que se dirige la solicitud de exhibición de pruebas deba crear *ex novo*, mediante la agregación o clasificación de información, conocimientos o datos que estén en su poder, siempre y cuando se respete estrictamente el artículo 5, apartados 2 y 3, de dicha Directiva, que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes el deber de limitar la exhibición de pruebas a lo que sea pertinente, proporcionado

---

<sup>11</sup> Cfr. GASÓN INCHAUSTI (2017: 135).

y necesario, tomando en consideración los intereses legítimos y los derechos fundamentales de esa parte».

15. También el silencio (la negativa) del requerido para llevar a cabo las diligencias preliminares acordadas conduce a unas consecuencias de distinto grado en función de su contenido, tal y como establece el art. 261 LEC. Así, cuando del silencio injustificado se trata, cabe distinguir entre la negativa a facilitar una información y la negativa a prestar una declaración:

a) la primera se refiere a aquellos casos en que el requerido no exhibe (1) los documentos relativos a la capacidad, representación y legitimación de la persona frente a quien se dirigiría la demanda, (2) el acto de últimas voluntades, (3) los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad que le deban ser mostrados al socio comunitario<sup>12</sup>, (4) el contrato de seguro por petición del perjudicado, (5) la historia clínica, (6) la información que permita determinar los integrantes de un grupo de consumidores, (7) los datos sobre el posible infractor de un derecho de propiedad industrial o intelectual o los documentos que estén en posesión del presunto responsable de actos desarrollados a escala comercial que puedan fundar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual; en estos casos, el silencio (la negativa) del requerido trae como consecuencia que el juez adopte medidas coercitivas —entre ellas, la entrada y registro— para conseguir la información que se ha negado a proporcionar;

b) la negativa a prestar declaración se refiere a la que se solicita de la persona a quien se dirigiría la demanda sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación y legitimación; en este caso, la ley establece que se pueda aplicar la *ficta confessio*, una consecuencia que se expresa con carácter potencial puesto que el efecto se producirá, en su caso, en el proceso a que dé lugar la presentación de la correspondiente demanda; a mi parecer, y como ya expresé en su momento<sup>13</sup>, el silencio total o parcial del requerido sobre tales circunstancias que provocó el error o la confusión del demandante y que, como consecuencia de ello, conduce al desistimiento del actor, debería acompañarse de la correspondiente condena en costas a quien, con su comportamiento, ha provocado tales actuaciones, lo que habría de recogerse expresamente por la norma: no solo ha mantenido una actitud obstruccionista, sino que ha desencadenado una sucesión de actos, que estaba en su mano evitar, en perjuicio de la otra parte y del propio sistema.

## 1.2. El silencio en perjuicio de la eficiencia

16. El tratamiento del silencio desde la perspectiva de la falta de una actitud colaborativa preside la iniciativa del legislador impulsada por la búsqueda de la efi-

---

<sup>12</sup> Respecto de esta medida (recogida en el ordinal cuarto del art. 256.1 LEC) se establece también la posibilidad de anudar a su incumplimiento la misma consecuencia que en los casos que veremos en el párrafo siguiente caracterizados por la negativa a prestar una declaración: conforme a lo que dispone el art. 261.4<sup>a</sup> LEC, «se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante». La *ficta confessio*, por tanto, no es automática; pero recaerá sobre el demandado en el proceso principal que se negó a la exhibición acordada como diligencia preliminar probar el error de los datos y cuentas aportados por el actor. En este sentido, BANACLOCHE PALAO (2003: 207).

<sup>13</sup> HERRERO PEREZAGUA (2019: 184)



ciencia. Así cabe advertirlo en el *Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios* (PLOESPJ), publicado el 22 de marzo de 2024, que, en lo que respecta a lo que es objeto de análisis en estas páginas, es, en buena medida, un trasunto del *Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*, que publicó el BOCG el 22 de abril de 2022.

17. Sobre las discutibles bases —cuya detallada consideración excede del propósito de este trabajo— de que la Justicia no es solo la Administración de Justicia, que hay que abrir la justicia civil a los ciudadanos mediante el impulso de su participación en el sistema de Justicia, que la forma de hacerlo es que se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada y que, en consecuencia, el cauce para conseguirlo es imponer, con carácter general, un intento previo de negociación, se sanciona el comportamiento de quienes actúan de forma contraria a esos postulados. Esto se hace, fundamentalmente, por dos vías:

a) cerrando las puertas al proceso (mediante el establecimiento como presupuesto de procedibilidad de una actividad negociadora previa);

b) concediendo al juzgador un amplio margen de valoración de la conducta que las partes hayan observado en el procedimiento previo al proceso destinado a obtener o, al menos, intentar, una solución negociada, y también en el procedimiento derivado a tal fin estando el proceso en curso.

En una y otra vía se prevén los efectos que ha de desplegar el silencio, pero también cabe advertir algunas carencias no tanto sobre qué es lo que se debe decir y qué es lo que se debe callar, sino sobre las consecuencias de no observar lo uno o lo otro.

18. Conforme a la nueva redacción que el PLOESPJ da al art. 399.3 LEC, en la demanda se ha de hacer constar la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo y acompañar el documento que justifique que se ha acudido a él (en consonancia con ello, el art. 264 LEC incorpora un nuevo ordinal cuarto en la relación de documentos procesales que han de presentar con la demanda o la contestación, esto es, el documento justificativo del intento negociador). No hacerlo se sanciona con la inadmisión, con arreglo a la modificación prevista del art. 403.2 LEC. El texto del proyecto no especifica si la no presentación es un defecto subsanable o insubsanable ni, en su caso, si la subsanación comprende solo la falta de acreditación (como, a mi parecer, debería entenderse, lo que comprendería la falta de algunos de los extremos que, según el art. 10 PLOEPSJ, debe recoger el documento<sup>14</sup>) o también la falta de

---

<sup>14</sup> A saber: «a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional, institución a la que pertenece, o registro en el que esté inscrito. b) La identidad de las partes. c) El objeto de la controversia. d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas. e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente». A lo que hay que añadir: «En caso de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará también la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de recepción de la misma. Si quien no compareciese fuese la parte que promovió la actividad negociadora se consignará tal circunstancia». Estas especificaciones se refieren al caso en que en el procedimiento negociador hubiera intervenido un tercero neutral y, por tanto, sea él quien expida el documento. Si no ha habido tal intervención, el documento irá firmado por ambas partes, dejando constancia de su identidad, la fecha, el objeto de la controversia y la determinación de la parte o partes que formularon propuestas iniciales.



realización del intento negociador. En todo caso, para entender cumplido el presupuesto exigido por la norma, debe existir identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del proceso<sup>15</sup>.

19. Si esto es lo que debe decir, hay que señalar también lo que debe callar: la información sujeta al principio de confidencialidad que, según establece el art. 9 PLOEPSJ, será la relativa al proceso de negociación, la documentación utilizada y la información que el tercero interviniente en el procedimiento y las partes hubieran podido obtener derivada de él. Las dos consecuencias que en ese precepto se anudan al incumplimiento de lo prescrito a este respecto se limitan a la inadmisión de la prueba que se pretenda aportar que contenga información confidencial y a la responsabilidad que pueda derivarse por infracción del deber de confidencialidad. Lo segundo se resuelve por el proyecto con una remisión genérica a «los términos previstos en el ordenamiento jurídico», una fórmula idéntica a la que contiene el art. 9.3 de la Ley de Mediación. Lo primero remite indudablemente a lo establecido en el procedimiento probatorio y, en concreto, pues así se cita expresamente en el último apartado del art. 9.2 PLOEPSJ, al art. 283.3 LEC que sanciona con la inadmisión como prueba de toda actividad prohibida por la ley.

20. A mi parecer, para que la información indebidamente aportada en la demanda o en la contestación quede excluida de las actuaciones no hay que esperar al momento de proposición y admisión de prueba; el examen de los respectivos escritos de alegaciones debe comprender el control de los extremos antes señalados, lo que puede conducir a su inadmisión, a la exclusión de un determinado documento o a la apertura de un trámite de subsanación, según el grado y la cualidad del exceso en que el escrito pueda haber incurrido. En todo caso, si ese control no se ejerciera adecuadamente a juicio de alguno de los litigantes, habrá que distinguir según quién sea el afectado: a) si lo es la parte que no ha introducido tal información, siempre tendrá la posibilidad de provocar que el control se lleve a cabo o combatir el resultado a que hubiera abocado haciendo uso de los instrumentos que la ley pone a su disposición, esto es, mediante su alegación en la audiencia previa o en la vista o a través de los recursos; b) si el afectado es quien pretendía incorporar la información en su escrito de alegaciones, podrá contradecir lo acordado en el incidente que, a este respecto, se desenvuelva con él (vg. un incidente de subsanación) o en vía de recurso (vg. frente a la inadmisión de la demanda).

21. La falta de actitud colaborativa de las partes de una controversia es uno de los objetivos que el PLOEPSJ pretende combatir. Pero conviene señalar que las medidas

<sup>15</sup> Como señalé en su momento, al ocuparme de la regulación que preveía el Proyecto de 2022 y respecto del que el de 2024 no difiere, «[b]ien puede ocurrir que el actor, al expresar en su demanda la tutela judicial que solicita, reduzca las pretensiones o su cuantía respecto de lo que señaló como objeto en el procedimiento elegido para intentar una solución acordada. Nada que objetar a este respecto. Pero también puede suceder que se produzca una ampliación: si esta obedece a un incremento de la cuantía reclamada por el vencimiento de nuevos plazos derivados de una misma obligación o de una relación continuada en el tiempo, como el suministro de determinados productos, tampoco habría de tropezar con obstáculo alguno para su tramitación. En cambio, otro sería la consideración que merecería el caso en que se sume a lo que pretendía solucionar mediante el correspondiente acuerdo una nueva acción; conforme a la legislación vigente, esta eventualidad no está sujeta a filtro alguno; en cambio, si el intento de negociación se erige en presupuesto de procedibilidad como pretende —o pretendía— el PLMEP, habría que aplicar el tratamiento procesal establecido para los supuestos de indebida acumulación de acciones» [Cfr. HERRERO PEREZAGUA (2024): 151 y 152].

que incorpora para ello se dirigen fundamentalmente al procedimiento negociador previo y será la conducta observada en él la que producirá efectos en el proceso, de modo que la actitud mantenida en este se valorará, en buena medida, en virtud de la que se haya tenido en aquel. Dicho de otro modo: no haber colaborado debidamente en la búsqueda de una solución negociada puede arrojar consecuencias negativas en el proceso subsiguiente. Aquella falta de colaboración puede manifestarse de diversas formas, desde el comienzo hasta la conclusión del procedimiento, y entre las que el silencio ocupa un lugar de indudable relevancia.

a) Haber rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en el procedimiento negociador previo al que hubiera sido convocado comporta un pronunciamiento desfavorable en costas. Por tal hay que entender la no imposición al contrario vencido o la condena a quien rehusó si el resultado del proceso es la estimación parcial de la demanda o, también, su condena en los casos de allanamiento. El silencio, en estos casos, puede consistir en dar la callada por respuesta a la solicitud de negociación, dificultar o impedir que se celebre la primera reunión o no acudir a la sesión en que la negociación debiera iniciarse (actos concluyentes) o limitarse a comunicar la negativa a esa solicitud sin dar razón de ello (sin justa causa). Y se aplica tanto a los casos en que el intento de arreglo amistoso nace de una de las partes como a aquellos otros en que es el juez quien acuerda derivar el asunto a un medio negocial.

b) Lo anterior —recogido en las modificaciones de los arts. 394 y 395 LEC— es manifestación de una regla de carácter más general que se dispone en el art. 7.3 del proyecto en estos términos:

«Si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

La falta de colaboración, conforme a lo expresado en esta regla, no se ciñe a la negativa a acudir o participar en el procedimiento, sino a la actitud observada durante su desarrollo<sup>16</sup>. Tener constancia de ello no deja de ser problemático por cuanto pueda atender contra el deber de confidencialidad. El art. 10 del proyecto dispone que, cuando haya intervenido un tercero neutral gestionando la actividad negociadora, deberá

---

<sup>16</sup> Esta apreciación se confirma con la lectura del párrafo noveno de la disposición adicional séptima del PLOEPSJ. En ella se regula la reclamación previa en los casos a los que se refiere el apartado quinto (incorporado por el proyecto) del art. 439 LEC. Se trata de las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria para las que se requiere haber reclamado previamente al profesional o entidad el reconocimiento del carácter abusivo y la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas. El párrafo de la DA 7ª al que me he referido establece: «La posición mantenida por las partes *durante* esta negociación previa podrá ser valorada en el seno del proceso ulterior, caso de haberlo, a los efectos previstos en el artículo 394 y, en su caso, en los artículos 245 y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (la cursiva es mía): es decir, a los efectos del pronunciamiento sobre costas (art. 394), de la tasación (art. 245) y las sanciones por haber actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal o abuso del servicio público de Justicia (art. 247) preceptos todos ellos modificados por el proyecto.

expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar, entre otros extremos,

«La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente»

lo que invita a sostener que también puede (debe) reflejar lo contrario, si eso es lo que ha acaecido, y que, en tal caso, deberá fundamentarlo. En ese documento, el tercero que lo confecciona podrá expresar que los intentos de acercar posiciones o de delimitar los términos de la controversia o las propuestas formuladas por una de las partes (sin especificar en qué han consistido estas) no han recibido respuesta por la otra y que, de ese silencio, se colige la falta de actitud colaborativa de esta última, lo que en definitiva no permite calificar su intervención en el procedimiento ajustada a la buena fe. Si faltara esta fundamentación —si el tercero neutral omitiera (silenciara) las razones de su declaración a este respecto—, ninguna consecuencia adversa debería derivarse para quien es señalado por su actitud no colaborativa.

c) Retirarse del procedimiento negociador sin decir por qué no debería, en cambio, producir ningún efecto negativo en la parte que así procede. Adviértase que tales efectos se prevén en las normas proyectadas para los casos en que se rehúsa participar en un medio adecuado para la solución de controversias, es decir, para la inasistencia inicial, no para la retirada del procedimiento. Esto es coherente con la doctrina que, en materia de litigación de consumidores, estableció la STJUE de 14-6-2017 (C-75/16, Menini y Rampanelli):

«respecto a la cuestión de si la Directiva 2013/11 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional conforme a la cual los consumidores únicamente pueden retirarse de un procedimiento de mediación si demuestran que concurre una causa justificada que sustente su decisión, so pena de ser sancionados en el procedimiento judicial ulterior, se ha de considerar que tal limitación constituye una restricción al derecho de las partes de acceder al sistema judicial que es contraria al objetivo de la Directiva 2013/11, recordado en su artículo 1. En efecto, la eventual retirada del consumidor del procedimiento de resolución alternativa no debe tener consecuencias desfavorables para este en el contexto del procedimiento jurisdiccional relativo al litigio que haya sido, o hubiera debido ser, objeto del procedimiento de resolución alternativa».

22. Como bien cabe advertir, la atención que dispensa el legislador a la falta de actitud colaborativa se mueve dentro de los márgenes del procedimiento negociador previo al proceso. Pero trasciende a este: no para procurar su orden, buen desarrollo y cumplimiento del fin que le es propio, sino para potenciar el arreglo amistoso y desincentivar la litigación. Gravita sobre todo ello «la noción de abuso del servicio público de Justicia» que la exposición de motivos (EM V, párr. 13) ejemplifica

«en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema».

Los riesgos se manifiestan con claridad: el desplazamiento de lo procedente por lo factible y la degradación del carácter preceptivo de la norma o, si se prefiere, la relajación de su exigibilidad.

### 1.3. El silencio y el deber de cooperación en las Reglas Modelo Europeas

23. La valoración de la actitud colaborativa marca una de las tendencias que se observan en la evolución del Derecho procesal civil europeo. Muestra destacada de ello son las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil (*Model European Rules of Civil Procedure*)<sup>17</sup> adoptadas por ELI y UNIDROIT en 2020. A este respecto, la ley española y, especialmente, las reformas emprendidas bajo el signo de la eficiencia reflejan un buen número de puntos coincidentes, o cuando menos convergentes, con las disposiciones que incorporan las Reglas Modelo. En estas, el art. 9 erige en deber de las partes cooperar en la búsqueda de una solución consensuada antes de incoar el proceso, un deber que se reitera en el art. 51 y que, como enseguida veremos, va más allá. Propiciar la avenencia, una vez que el proceso está en curso, es también un deber del tribunal (art. 10) y, para ello, se prevé que pueda asistir a las partes en la consecución de un acuerdo transaccional, así como en su redacción; pero este protagonismo judicial tiene sus límites: si accede a información en ausencia de una de las partes, no podrá dictar sentencia en el asunto. Recae sobre las partes la carga (y la estrategia) de cómo administrar la información —tanto en el qué (qué aportar y qué silenciar) cuanto en el cómo (en comunicaciones y sesiones simultáneas y conjuntas o por separado)—, sabedores de que el tribunal, al resolver sobre la imposición de las costas (art. 241.2), podrá tener en cuenta

«la conducta de las partes y, en especial, si se han conducido con buena fe y si han contribuido a una resolución justa, eficaz y rápida del litigio».

Por tanto, la incomparecencia, la omisión de respuesta a las invitaciones a negociar o delimitar la controversia, el silencio ante las propuestas formuladas serán factores a ponderar por el tribunal para decidir a quién se le deben imponer las costas y en qué medida (esto es, qué parte de las causadas debe reembolsar al contrario), precisándose que pueden comprender los de preparación del proceso (art. 240).

La falta de cooperación —y el silencio puede entenderse como tal— se proyecta también sobre el procedimiento probatorio. Así, el art. 99 recoge la posibilidad de imponer sanciones con fundamento en la incomparecencia, la negativa a contestar a las preguntas pertinentes, la falta de aportación de documentos u otros medios de pruebas y la obstrucción de cualquier otro modo de la actividad probatoria.

24. Pero las Reglas Modelo van más allá al proyectar el deber de cooperación de las partes sobre la propia gestión del procedimiento judicial esto es, en la búsqueda de un acuerdo (art. 9) y en el desarrollo mismo del proceso (arts. 2, 3 y 6). Las partes pueden pedir que se adopte cualquier medida de gestión e impulso del proceso y si esa petición responde a una solicitud conjunta de ambas partes, el tribunal no adoptará otra distinta sin justa causa (art. 50); entre esas medidas se encuentran las relativas a la celebración de audiencias, al calendario procesal (plazos para las actuaciones a realizar por los partes o sus abogados), al orden en que han de enjuiciarse las cuestiones litigiosas, a la exhibición e intercambio de pruebas, a la renuncia a los recursos, a la posibilidad de interponer el recurso *per saltum*... El silencio, a este respecto, se traduce en la opción por la gestión del procedimiento conforme a las reglas legales

<sup>17</sup> Pueden consultarse en <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules/> La traducción española ha sido realizada por Fernando Gascón Inchausti y Marco de Benito Llopis-Llombart

o las disposiciones acordadas por el tribunal que podrán ser objeto de contradicción por las partes.

25. El deber de cooperación que opera durante el proceso se extiende a la propia delimitación del objeto (la *res de qua agitur*) que, por regla general, tendrá lugar con los escritos iniciales, pero que puede someterse a precisiones o sufrir alteraciones como consecuencia de las aclaraciones o complementos que requiera de las partes el tribunal (art. 24.1) o de las pruebas obtenidas de la exhibición de las demás partes (art. 55.1).

26. La falta de actitud colaborativa es lo que puede conducir al tribunal a extraer inferencias adversas para quien obra de ese modo, consecuencias que, en relación con la determinación de los hechos, pueden comportar que se tengan por reconocidos o ciertos, pero que, con carácter general —es decir, respecto de la gestión del procedimiento— pueden consistir en la condena a una parte a su abogado a soportar los costes del incumplimiento o en la imposición de multas, periódicas o no, o de sanciones disciplinarias, o incluso en la condena por desacato (art. 27.3). La imposición de las costas o de multas, así como de sanciones disciplinarias parece querer dar respuesta a aquellos casos en que se permite un cumplimiento tardío, es decir, en los que no se observa una falta absoluta de cooperación, aunque sí una negligencia que no se quiere castigar con la severidad que comportaría la exclusión total del acto realizado de modo intempestivo. Disponer así las cosas comporta atribuir un amplio margen de discrecionalidad al tribunal con la entrada en juego del principio de proporcionalidad.

#### **1.4. El silencio del demandado determinante de la fundamentación fáctica de la pretensión y el silencio del demandante determinante del alcance de la pretensión**

27. En el plano referido estrictamente al curso del procedimiento y al enjuiciamiento, las dos principales consecuencias desfavorables para la parte que incurre en la inobservancia de las normas o cargas procesales —en el sentido de que deja de hacer (o de decir) aquello que debe o que le brinda una ocasión o la evitación de un perjuicio— son la preclusión y la admisión de hechos o la conformidad con las alegaciones o la pretensión formuladas por el contrario. De lo primero me ocuparé en la segunda parte de este capítulo. Ahora es momento de detenerse en lo segundo.

28. La admisión de hechos (expresa o tácita), cuando del procedimiento probatorio se trata (ya sea sobre su desarrollo o sobre su falta de necesidad), significa la fijación como ciertos a efectos del proceso de los afirmados por una de las partes. La cuestión adquiere una especial relevancia cuando la admisión, derivada del silencio del demandado, se proyecta sobre todos los hechos alegados en la demanda (el fundamento fáctico de la pretensión), es decir, cuando la ley excepciona la regla de carácter general conforme a la cual la falta de contestación no hace perder a los hechos afirmados por el demandado su carácter de controvertidos y, por tanto, necesitados de prueba. Es lo que acontece en los procedimientos por lo que se encauzan las demandas de tercerías.

29. Pero, además, y como consecuencia de los cambios introducidos por el Real Decreto-ley 6/2023, hay que reparar en una disposición incorporada al procedimiento del proceso monitorio conforme a la cual el silencio del solicitante incide en la determinación —a la baja— de lo inicialmente reclamado.

A) *Las tercerías*

30. La admisión de los hechos alegados en la demanda es el efecto que se anuda a la falta de contestación de los demandados en las tercerías, en la de dominio (art. 602 LEC) y en la de mejor derecho (art. 618 LEC). Esta previsión legal tiene sus consecuencias tanto en la tramitación como en la resolución de fondo y exige atender, a su vez, a los eventuales supuestos litisconsorciales que se pueden plantear.

31. Unas y otras tercerías se sustancian por los trámites del juicio verbal (arts. 599 y 617.1 LEC). No era así en la redacción original de la ley puesto que remitía, en ambos casos, a los cauces del juicio ordinario; la modificación —acertada, pues eliminaba una complejidad procedimental carente de fundamento— se produjo por virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (en este caso, el cambio operado hacía honor al título de la ley); la unificación completa del trámite se produjo con la generalización de la contestación escrita para los juicios verbales (en la ley de 2011 se establecía para la tercería de mejor derecho y no para la de dominio). Puesto que la celebración de vista se condiciona a que el demandado la solicite en la contestación o que lo haga el demandante después de que se le dé traslado de la contestación (art. 438.8 LEC), la falta de contestación elimina la eventualidad de que se pida la celebración de este trámite que se revela de dudosa utilidad, ya que solo parece tenerla en el hipotético caso de que el juez la estimase procedente por la concurrencia de algún defecto procesal apreciable de oficio sobre el que hubiera que oír al tercerista (y que, de ser subsanable, podría corregirse sin acudir al trámite de la vista). Si, como será lo frecuente, no hay vista por no haberse formulado contestación, el juez dictará sentencia sin más trámites en la que deberá partir de la certeza de los hechos admitidos sin margen de apreciación a este respecto. Lo frecuente será también que esa sentencia estime la demanda de tercería; pero no es este el efecto automático que la ley eslabona a la falta de contestación, de modo que no cabe excluir un pronunciamiento de sentido diverso: la sentencia será la que proceda conforme a Derecho; la vinculación del juzgador se circunscribe a la situación fáctica manifestada en la demanda<sup>18</sup>.

32. Tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que respecta al fondo, cobra una singular importancia la determinación de quiénes integran la posición pasiva, esto es, frente a quién se ha dirigido la demanda y si quien no es inicialmente demandado hace uso de la facultad que le otorga ley a través del instituto de la intervención procesal.

En la tercería de dominio, la demanda se dirigirá, como regla, solo frente al acreedor ejecutante; y se dirigirá necesariamente también frente al ejecutado cuando él haya designado como suyo el bien embargado (art. 600.I LEC)<sup>19</sup>; y no conviene

<sup>18</sup> En este sentido, LAFUENTE TORRALBA (2009: 316) y FERNÁNDEZ CARRON (2010: 530 y 531).

<sup>19</sup> Como señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001: 316 y 317), este litisconsorcio necesario —impuesto por una norma procesal y no por una norma sustantiva (no hay vínculo anterior de naturaleza sustantiva entre los litisconsortes)— obedece a dos razones: a) tanto ejecutante como ejecutado pueden tener interés legítimo en que se rechace la tercería de dominio (el ejecutante tiene interés en que el bien trabado no desaparezca del patrimonio del ejecutado; este último se ha atribuido la titularidad del bien, de ahí que la demanda deba dirigirse también frente a él); b) el pronunciamiento que pretende el tercerista (el alzamiento de la traba) es, en sí mismo, indivisible; no puede levantarse frente al ejecutado y mantenerse frente al ejecutante.



olvidar que, en el primer caso, el deudor que no ha sido demandado podrá intervenir en el procedimiento con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería (art. 600.II LEC). El tratamiento procesal del litisconsorcio ofrece la respuesta para aquellos casos en que solo uno de los demandados haya dejado de contestar a la demanda de tercería: únicamente el silencio de ambos producirá el efecto establecido en la norma,

En la tercería de mejor derecho, en lo que respecta a la legitimación pasiva, la ley distingue en función de que el crédito del tercerista esté o no documentado en un título ejecutivo. La demanda deberá dirigirse en todo caso frente al ejecutante, pues lo que persigue es que se declare su preferencia y, por tanto, anteponer su crédito. Si no dispone de un título ejecutivo frente al ejecutado, habrá de dirigirla también frente a él porque para tener mejor derecho es preciso, primero, que se declare el derecho y que esa declaración (de condena) tenga fuerza ejecutiva para poder hacerla valer en un proceso de ejecución. En este caso se produce una situación de litisconsorcio necesario<sup>20</sup> a la que habrá que aplicar el tratamiento procesal propio de esta institución: si uno de los litisconsortes contesta, no operará la admisión de hechos ligada al silencio<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Ciertamente, como advierte FERNÁNDEZ CARRON (2010: 229 y 230), no nos hallamos ante una relación jurídico-material única con pluralidad de sujetos (una sola acción en que la parte pasiva se integra por una pluralidad de personas), sino ante una norma que impone el ejercicio conjunto de dos acciones en las que el sujeto pasivo de cada una de ellas es diferente. Y el modo de imponer esa acumulación no es otro que la constitución de un litisconsorcio (como la rúbrica del art. 617 anticipa).

<sup>21</sup> VEGAS TORRES (2001: 1082) sostiene una opinión distinta. Para él, «si no contesta el ejecutante pero sí lo hace el ejecutado, deberá considerarse controvertida la existencia y exigibilidad del crédito en que se apoye la pretensión del tercerista, cuestiones sobre las que deberá admitirse y practicarse la prueba que soliciten las partes; en caso de que, finalmente, la sentencia estimase la acción de condena, entraría en juego la admisión “tácita” de los hechos en que se funde la preferencia del crédito del tercerista, admisión que, salvo error de bulto, en el planteamiento de la demanda, debería conducir también a la declaración de esa preferencia. Si es el ejecutado el que no contesta, pero sí lo hace el ejecutante, la admisión afectará a los hechos de la demanda en que se base la pretensión de condena al pago dirigida frente al ejecutado y en las actuaciones solo se admitirá y practicará la prueba que se proponga respecto de la preferencia del crédito del tercerista; si la admisión “tácita” de los hechos en que se funde la pretensión de condena conduce (como cabe esperar que suceda) a la estimación de esta pretensión, deberá dilucidarse después, con arreglo al resultado de las pruebas, la preferencia entre los créditos de tercerista y ejecutante. En ninguno de estos dos casos, por lo demás, la falta de contestación de uno solo de los demandados permite por sí sola simplificar el procedimiento prescindiendo de la prueba». Participa de este parecer FERNÁNDEZ CARRON (2010: 535 y 536) cuando sostiene que «basta con que uno de los demandados haya dejado de contestar a la demanda para que se admitan los hechos que respecto de él afirma el tercerista, pero solo esos, y siempre que no se trate de hechos comunes, en cuyo caso habrán de probarse. Así, la falta de contestación del ejecutante afecta de manera exclusiva a los hechos de la demanda en que se funde la pretensión de preferencia; y la falta de contestación del ejecutado afecta a los hechos en que se base la pretensión de condena». A este respecto, y partiendo de que se trata de dos acciones íntimamente conectadas por un vínculo de prejudicialidad, apunta LAFUENTE TORRALBA (2009: 318 y 319) que «los hechos que fundamentan la pretensión de condena no pueden aislarse completamente de los que sustentan la preferencia del tercerista [...]. Lo contrario, además supondría dejar una puerta abierta al fraude: al ejecutado le bastaría con no contestar a la demanda de tercería, para que se diera por sentada la veracidad del crédito que en ella se afirma». Por ello, en el caso de que el ejecutado no conteste y sí lo haga el ejecutante, concluye: «los hechos constitutivos de la pretensión de condena contra el ejecutado seguirán necesitados de prueba pero el ejecutante tendrá la carga de admitirlos o negarlos expresamente, de acuerdo con lo establecido en el art. 405.2 LEC; si no lo hace, limitándose por ejemplo a cuestionar la preferencia que se arroga el

También la tercería de mejor derecho, como en la de dominio, prevé la ley que el ejecutado no demandado pueda intervenir en el procedimiento. Si decide hacerlo, se suscita la cuestión de qué consecuencia ha de ligarse al silencio del ejecutante si este no ha contestado a la demanda. La incorporación del interviniente supone su consideración como parte a todos los efectos (art. 13.3 LEC); para impedir que se produzca la admisión de hechos, habrá de solicitar su intervención en el plazo que la ley dispone para la contestación a la demanda, pues solo contestando podrá provocar que los hechos afirmados en la demanda se tengan por controvertidos, ya que la admisión de la intervención no retrotrae las actuaciones (y, recuérdese, que conforme a lo establecido en el art. 617.3, un apartado que se incorporó con la Ley 13/2009, la admisión de la demanda de tercería se le debe notificar al ejecutado, aun cuando no fuere demandado). También al que no estuviera personado en la ejecución. De no haberse procedido del modo señalado, las alegaciones que formule tras la admisión de su intervención tardía deberán ser tenidas en cuenta como si se hubieran hecho en el momento oportuno.

33. La notificación de la demanda de tercería de mejor derecho al ejecutado no demandado adquiere un especial relieve si tenemos en cuenta que el tercerista —que tiene documentado su crédito en un título ejecutivo— está ejercitando no solo la acción para que se declare su preferencia, sino también la acción ejecutiva con la que obtener su satisfacción. Por tanto, el ejecutado que haga uso de la intervención procesal podrá articular en las alegaciones que formule las causas de oposición a la acción ejecutiva del tercerista y el juez resolverá sobre ellas en la sentencia que decide la tercería. Surge la duda en el caso de que el ejecutante, y solo él, haya contestado a la demanda negando la preferencia del tercerista y la sentencia declare el mejor derecho de este último. Puesto que con la admisión de la demanda no se le dio plazo al ejecutado para contestar, parece lógico que se le abra ahora la posibilidad de formular oposición a la ejecución que se sigue con el tercerista, de modo que el silencio mantenido —la falta de solicitud de intervención y, con ella, la ausencia de alegaciones— no puede deparar la clausura de su derecho a oponerse. La sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho, a diferencia del auto que resuelve la de dominio, produce efecto de cosa juzgada; comparto la opinión<sup>22</sup> de que se extiende no solo a la preferencia, sino también a la existencia y exigibilidad del crédito, pero deben igualmente tenerse en cuenta los límites subjetivos (*res iudicata inter partes*), de modo que el ejecutado que no ha sido demandado ni ha actuado como interviniente no tendrá óbice a tal respecto para, a través de la oposición, cuestionar la acción ejecutiva del tercerista.

---

actor, el juez podrá interpretar su silencio, ahora sí, como una admisión tácita de aquellos hechos y dar por cierta la existencia y exigibilidad del crédito». La imposición de esta carga —y el efecto anudado a su inobservancia— parecen excesivos; quienes están en las condiciones idóneas para argumentar acerca de la existencia y exigibilidad del crédito son el ejecutado y el tercerista; el ejecutante puede desconocer las circunstancias que permiten afirmar o negar tales extremos, como tampoco sabrá, al formular su contestación, cuál va a ser la reacción del ejecutado frente a la demanda de tercería (el silencio o la defensa activa), por lo que, de prosperar la interpretación propuesta por el prof. Lafuente, abocaría a una negativa genérica y *ad cautelam* del ejecutante en su escrito de contestación. En mi opinión, basta con sostener que, al no desencadenarse el efecto de la admisión de hechos establecido en el art. 618 por no concurrir el supuesto al que se anuda —en definitiva, al no operar la regla especial que en él se contiene—, será de aplicación la regla general, es decir, la que, conforme a lo establecido en el art. 496.2 LEC, conduce a entender que se trata de hechos necesitados de prueba y que, por su carácter de hechos constitutivos, deberán ser acreditados por el demandante.

<sup>22</sup> A este respecto, LAFUENTE TORRALBA (2009: 405-410).



34. En cambio, el silencio observado por ejecutante y ejecutado, cuando ambos hayan sido demandados, desplegará sus consecuencias a través de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia respecto las cuestiones que hayan podido discutirse sin restricciones en el procedimiento de tercería, por consiguiente, tanto respecto de la prelación del crédito como de su existencia y exigibilidad, lo que cierra la puerta a su planteamiento y discusión en un ulterior proceso.

35. El silencio ofrece para los demandados un aliciente, tanto en la tercería de dominio como en la de mejor derecho (arts. 603.II y 620.1.II LEC): aunque se estime la demanda, no se les impondrán las costas, salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en su actuación procesal. Esta última prescripción solo se contiene en el art. 603, pero la identidad de *ratio* que informa uno y otro precepto invita a extenderla al supuesto del art. 620<sup>23</sup>. Además, como es propio de la apreciación de mala fe cuando de las costas se trata en los casos en que el sujeto al que se le imputa permanece pasivo en el procedimiento, su valoración deberá tomar en consideración la conducta observada antes y fuera de él, es decir, no solo la mantenida en el proceso de ejecución, sino en la que precedió a este, pues los actos u omisiones destinados a entorpecer o impedir la satisfacción del tercerista pueden haber tenido lugar antes y durante el proceso de ejecución. La no imposición de costas en estos casos de silencio encuentra su fundamento en dos razones confluyentes: no poner obstáculos al reconocimiento del derecho ajeno y facilitar la pronta resolución del procedimiento (en este caso, de la tercería) que, a su vez, permite encauzar adecuadamente el proceso de ejecución.

36. Cabría considerar que las dos razones apuntadas sirven también para fundar la opción legal por la admisión de hechos cuando no hay contestación a la demanda de tercería. Pero si bien se observa, en este caso no hay estímulo para quien obra de ese modo, aunque sí beneficio para el sistema. El fundamento principal se encuentra en una máxima de experiencia: quien calla nada tiene que objetar ni oponer al relato de los hechos expresado por el contrario y, por tanto, se descarga al tercerista demandante de probar los hechos que hubiera alegado. La ley, no obstante, quiere reservar al juzgador la apreciación de la consecuencia jurídica anudada a esos hechos (lo que proceda en Derecho) que, necesariamente y sin margen alguno de ponderación, ha de tener por admitidos. Por lo común, la admisión abocará a la estimación de la demanda; pero el legislador ha preferido no descartar la posibilidad contraria, por improbable que resulte.

<sup>23</sup> La SAP de Burgos (sec. 3ª) 183/2007, de 27 de abril, participa de la interpretación que conduce a sostener que la falta de contestación a la demanda de tercería de mejor derecho comporta la no imposición de costas, pero, en cambio, entiende que esa regla no admite la excepción recogida en la regulación de la tercería de dominio sobre la base de que se aprecie mala fe: «De la regulación de la tercería de mejor derecho en la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de su especialidad en materia de costas, se desprende que la única posibilidad de imponer las costas al demandado ejecutante es cuando contesta para oponerse a la demanda. Si se allana, o si no contesta, en la medida en que el artículo 618 asigna a esta última actitud la admisión de los hechos de la demanda, no habrá imposición de costas. Ni tan siquiera se hace en la tercería de mejor derecho la misma salvedad que en la tercería de dominio en cuanto a la posibilidad de apreciar mala fe en la parte ejecutante, cuando esta no contesta a la demanda, por lo que será de aplicación a la tercería de mejor derecho el mismo principio que el artículo 603 señala para la tercería de dominio en el sentido de que «a los demandados que no contesten no se les impondrán las costas»».

*B) El silencio del solicitante en el proceso monitorio*

37. El Real Decreto-ley 6/2023 ha modificado el art. 815 LEC. En su redacción anterior, el apartado tercero del mencionado precepto recogía la posibilidad de que el juez planteara al peticionario aceptar o rechazar una propuesta de requerimiento de pago por un importe inferior al inicialmente solicitado, especificando su monto, y sobre la base de que se hubiera advertido que la cantidad reclamada no era correcta. El silencio del solicitante en el plazo concedido para ello (diez días) se asimilaba al rechazo, es decir, comportaba que se le tuviera por desistido. Dispone ahora la ley, que el silencio equivale a la aceptación de la propuesta (quien calla otorga) con dos consecuencias: 1) el requerimiento que se dirija al deudor lo será por el importe que el juez hubiera fijado en su propuesta, es decir, ese será el objeto de la reclamación; y 2) lo no reclamado —lo que exceda de la cantidad por la que el deudor es requerido de pago y que inicialmente pretendía reclamarle el acreedor— podrá ser objeto de una acción de reclamación de cantidad en un proceso distinto —no hay renuncia del acreedor ni pronunciamiento del juez con eficacia excluyente—, pero, si ejercita esa acción, **necesariamente habrá de formularse en el correspondiente proceso declarativo**, esto es, se cierra la puerta a que pueda serlo en un nuevo proceso monitorio.

38. Además, esta previsión legal se extiende a otro supuesto: se trata de aquel en que la deuda se funde en contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario y en el que el juez estime que alguna de las cláusulas que haya servido para fundar y determinar la cantidad reclamada pueda ser calificada de abusiva<sup>24</sup>; en tal caso, podrá también plantear una minoración del importe reclamado<sup>25</sup> que se establecerá excluyendo del interesado por el acreedor el que corresponda a la aplicación de la cláusula. Comunicada la propuesta al peticionario, si este nada dice, se entenderá aceptada y se requerirá al deudor por dicha cantidad. Si la cláusula es abusiva o no es cuestión que no se juzga en este trámite, lo que conduce, como en el caso anterior —el de la incorrección de la cantidad a la vista de la documentación aportada—, a que el acreedor pueda reclamar la cantidad debida en aplicación de dicha cláusula en un proceso ulterior, que no podrá ser un monitorio.

<sup>24</sup> La apreciación del juez del posible carácter abusivo de las cláusulas solo puede efectuarse si el contrato en que contienen se ha aportado. Como consecuencia de la STJUE de 19-12-2019 (C-453/18 y C-494/18, *Bondora*), se ha modificado el apartado segundo de la disposición final vigésima tercera (la que tiene por objeto facilitar la aplicación en España del proceso monitorio europeo): conforme al Reglamento que disciplina este proceso (RPME), a la petición de requerimiento de pago no hay necesidad de aportar documentación alguna y nada se preveía en él respecto del control de la posible concurrencia de cláusulas abusivas. La sentencia *Bondora*, partiendo de una interpretación conjunta del RPME y de la Directiva 93/13, concluye que el juez nacional, ante el que se haya formulado una petición de requerimiento europeo de pago, puede pedir al peticionario «**la información complementaria** relativa a las cláusulas contractuales que este invoca para acreditar la deuda de que se trate, con el fin de controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas». Esta doctrina se traslada a la referida DF 23ª. En cambio, una previsión como esta se omite en la regulación y en las modificaciones introducidas en los arts. 812 y siguientes de la LEC; la omisión tendrá que salvarse por vía interpretativa, lo que puede provocar divergencias entre unos y otros órganos jurisdiccionales que no contribuyen a la seguridad jurídica.

<sup>25</sup> Si la cláusula que el juez estima que puede ser abusiva fuera el fundamento de la petición y no solo de una determinada cantidad, no habría lugar a la propuesta de minoración, sino que directamente provocaría una resolución de inadmisión.

39. La consecuencia anudada al silencio descubre un fundamento distinto al de otras previsiones legales. Busca el legislador agilizar el procedimiento y atender más prontamente a la tutela del reclamante si esta no es discutida. Lo hace expulsando de la tramitación del monitorio una cuestión compleja, como es el examen de la abusividad de las cláusulas, y la discusión sobre el importe que no esté incontrovertidamente documentado; de ese modo, pretende preservar las características propias del monitorio como un instrumento que facilita la tutela del crédito sobre la base de que su existencia no es discutida, sino que su cumplimiento es resistido. Y, por ello, deriva lo que podría ser objeto de disceptación a otro proceso, procurando en el seno del monitorio la satisfacción del acreedor en aquellos extremos que no resulten controvertidos, a salvo siempre de que puedan serlo si el deudor formula oposición. Este modo de disponer las cosas no deja de ser problemático, como tendremos ocasión de exponerlo *infra* en el apartado 2.3.

### 1.5.El silencio determinante del juicio estimatorio

40. En otros casos, sin embargo, el efecto anudado al silencio va más allá: conduce, imperativamente, a la estimación de la pretensión. Podemos agruparlos en dos categorías: las tutelas sumarias y las que se encauzan a través de procedimientos de técnica monitoria.

#### A) *Las tutelas sumarias*

1ª) Tutela para la adquisición de la posesión en virtud de sucesión *mortis causa*

41. Para tutelar la adquisición de la posesión en virtud de sucesión *mortis causa*, siempre que los bienes no estuvieran poseídos por nadie a título de dueños o usufructuario (el antiguo interdicto de adquirir), el art. 250.1.3º LEC establece que se ha de seguir el cauce del juicio verbal, en el que se introducen algunas especialidades partiendo de su naturaleza sumaria, de la que participan otros juicios posesorios (art. 447.2 LEC). En lo que ahora interesa, debe recordarse que el procedimiento se articula en dos fases: en la primera (una actuación de jurisdicción voluntaria), el tribunal después de oír a los testigos propuestos por el actor en su demanda, dicta un auto que, de forma interina, deniega u otorga la posesión solicitada: el auto que la conceda se tiene que publicar en el Tablón Edictal Judicial único, instando a los interesados a comparecer y reclamar mediante contestación a la demanda si consideran tener mejor derecho que el demandante. La contestación es lo que desencadena la segunda fase, de naturaleza contenciosa que, sin limitaciones probatorias, se decidirá por sentencia. Pero si la respuesta es el silencio (si nadie comparece), la consecuencia que anuda la ley a ese hecho es la confirmación al demandante en la posesión previamente otorgada (lo que se hará por auto). Son varias las razones que confluyen para fundamentar el sentido de esta disposición normativa: a) el actor tiene que haber acompañado a su demanda los documentos que acrediten su condición de heredero respecto de los bienes cuya posesión solicita; b) el reclamante es quien se encuentra en la mejor posición para acreditar ser él el heredero o legatario de los bienes objeto de la pretensión, haber estado en posesión de esos bienes o tener derecho a ellos por título dominical o usufructo; c) el plazo que se concede a los eventuales reclamantes para pedir la obtención o recuperación de la posesión es amplio (cuarenta días), muy superior al establecido para la contestación en el juicio verbal, lo que se explica atendiendo a la comunicación edictal mediante la que se da noticia de la solicitud del actor; d) el carácter sumario de

la tutela concedida (la resolución confirma la posesión otorgada provisionalmente «sin perjuicio de mejor derecho») no excluye ni prejuzga ulteriores reclamaciones.

2ª) Tutela para recuperar la posesión (en especial, de la vivienda ocupada ilegalmente)

42. Cuando el objeto del proceso consista en restaurar la situación posesoria de la vivienda de quien ha sido despojado de ella (el antiguo interdicto de recobrar la posesión), el ordinal cuarto del art. 250.1 LEC dispone que se habrá de articular por el juicio verbal que cuenta con las especialidades establecidas en los arts. 150.4, 437.3 bis, 438.7, 439.6 y 444.1 bis LEC. Estas especialidades —introducidas por la Ley 5/2018, de 11 de junio<sup>26</sup>, y modificadas, parcialmente, por el Real Decreto-ley 6/2023— obedecen al claro propósito de reforzar este tipo de tutela, necesitada de una respuesta más eficaz que la hasta entonces proporcionada por el ordenamiento en relación con el fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas. Pero a las mencionadas, y de sentido inverso, hay que sumar las que incorporó la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, a través de su disposición final quinta: de sentido inverso puesto que su finalidad no es reforzar la tutela del titular del derecho vulnerado (la tutela del derecho), sino proteger a los ocupantes de viviendas que se hallan en situación de vulnerabilidad (la tutela de una situación de hecho, no amparada por el Derecho, mediante su prolongación en el tiempo y la obstaculización de la recuperación inmediata de la posesión).

43. Para anudar al silencio del demandado los efectos que enseguida veremos, la demanda ha de cumplir con una serie de requisitos, teniendo en cuenta, como presupuesto de su procedencia y admisión, que la ley restringe la legitimación activa a determinados sujetos, esto es, a las personas físicas propietarias o poseedoras legítimas por otro título, las entidades sin ánimo de lucro y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social (art. 250.1.4º), lo que excluye, señaladamente, a las entidades bancarias e instituciones de inversión colectiva.

44. El actor debe acompañar a su demanda el título en que funde su derecho a poseer<sup>27</sup> y, para paliar las dificultades de identificación del demandado, la ley permite dirigirla frente a los ignorados ocupantes. Utilizando los términos de la STC 39/2019, se desconoce su identidad, no su paradero; por ello, lo que se debe cuidar especialmente es la notificación: el carácter residual de la comunicación por edictos invita a sostener que, puesto que esa modalidad queda restringida a aquellos casos en que no conste un domicilio conocido del demandado o resulte imposible la notificación personal en él, debe procederse como regla a practicar la comunicación personalmente, es decir, mediante la entrega de la citación al ocupante que fuere hallado en la vivienda; el funcionario encargado de llevarla a cabo puede ir acompañado de agentes de la autoridad (art. 441.1 bis) y documentará la entrega mediante la correspondiente diligencia. Por ello, como señala la STC 39/2019,

<sup>26</sup> La ley superó el control de constitucionalidad: STC 32/2019, 28 de febrero.

<sup>27</sup> Como expone SCHUMANN BARRAGÁN (2018: 8), «Parece, por tanto, que, como consecuencia de la regulación legal, el proceso está restringido solamente a aquellos que tienen un derecho a poseer fundado en el derecho de propiedad o en algún otro título documentado». Recordando la explicación del prof. Díez-Picazo y Ponce de León —que señalaba que «la posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión»—, Schumann concluye que la nueva regulación exige acreditar las dos caras de la moneda, esto es, el estado posesorio previo y el derecho a poseer.

«Solo en el caso de que el ocupante de la vivienda se niegue a recibir la notificación o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega procederá efectuar la comunicación por medio del tablón de anuncios de la oficina judicial [hoy, Tablón Edictal Judicial Único], previa advertencia de tal extremo al interesado, lo que asimismo se hará constar en la diligencia (arts. 161.2 y 164 LEC)».

En definitiva, si se ha procedido del modo indicado (notificación personal al ocupante que haya sido hallado en la vivienda al practicarse el acto de comunicación o notificación edictal, si se ha negado a recibirla o a firmar) habrá que concluir que se han respetado las garantías procesales, que los demandados han disfrutado de la posibilidad de contestar y alegar lo que tengan por conveniente y, en consecuencia, será en tales casos en los que habrá que aplicar las consecuencias establecidas por la norma para los supuestos de falta de contestación.

45. Pero el silencio no se reduce a ese acto ni afecta solo a la parte demandada y, además, se extiende a los procesos en que se pretende el lanzamiento del demandado del inmuebles, es decir, a aquellos que tienen por objeto la recuperación de la posición de una finca por impago de las rentas debidas o expiración del plazo, por precario, por despojo u ocupación (como estamos viendo) o por oposición a la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro sin disponer de título para ello (ordinales 1º, 2º, 4º y 7º del art. 250.1 LEC).

46. Los silencios que deberá colmar oportunamente el demandante para evitar las consecuencias desfavorables que la ley establece (principalmente, la inadmisión de la demanda), son estos:

a) Si en el actor concurre la condición de gran tenedor de vivienda<sup>28</sup>, debe manifestarlo en la demanda y, en tal caso, deberá también especificar si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica<sup>29</sup> (una circunstancia que el actor puede desconocer o que le resulte imposible o de extrema dificultad conocer). De no hacerlo, se inadmitirá la demanda (art. 439.6 LEC).

b) Si en el actor no concurre la condición de gran tenedor de vivienda, también deberá manifestarlo en la demanda, porque el párrafo segundo del art. 439.6.b) exige acreditarlo acompañando la certificación del Registro de la Propiedad en la que conste la relación de propiedades a nombre de la actora. Su omisión acarrea igualmente la inadmisión de la demanda.

c) También la concurrencia o no de vulnerabilidad económica debe acreditarse, lo que podrá hacerse mediante el correspondiente documento expedido por los servicios de las Administraciones autonómicas o locales competentes en la materia, previo consentimiento del ocupante de la vivienda, o mediante declaración responsable emitida

---

<sup>28</sup> La LEC remite, a este respecto, a la definición que proporciona el art. 3.k) de la Ley 12/2023: «a los efectos de lo establecido en esta ley, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup> de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa.»

<sup>29</sup> El apartado séptimo del art. 441 LEC ofrece unos parámetros objetivos que atienden a los ingresos de la unidad familiar en una escala gradual con referencia al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM)

por el actor de que ha acudido a tales servicios sin obtener respuesta o sin que se hayan iniciado los trámites correspondientes (en los plazos que señala ley). El silencio de las Administraciones incide en el proceso; pero no solo él. También el del demandado: si este no consiente el estudio de su situación económica, dará pie a que se expida el oportuno documento acreditativo de tal circunstancia, sujeto también a un plazo de vigencia establecido por la ley. Son silencios que dilatan las actuaciones y, con ello, la tutela judicial del derecho; son entorpecimientos del proceso que perjudican a quien no los causa y que redundan en beneficio de quien, en su caso, los provoca.

d) Conviene al actor persona física acreditar, en su caso, que en él concurre la situación de vulnerabilidad (que, en este caso, puede ser económica o social<sup>30</sup>), puesto que las circunstancias acreditadas en autos son las que ponderará y valorará el tribunal, con arreglo al principio de proporcionalidad, para tomar la decisión (art. 441.7.I LEC).

e) Si el demandante es un gran tenedor, el inmueble objeto de la pretensión es la vivienda habitual del ocupante y este se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, aquel deberá acreditar que antes de presentar la demanda se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas (art. 439.7 LEC). Si no lo hace, se inadmitirá la demanda. Nuevamente nos encontramos con un requisito en el que puede incidir el silencio que no proviene de quien está llamado a observarlo; en efecto, si su solicitud dirigida a la Administración no es atendida o no se inician los trámites correspondientes, el actor acompañará una declaración responsable de que ha procedido como exige la ley con el justificante que así lo advere; tendrá que esperar a que el silencio se prolongue durante dos meses para ello.

47. Admitida la demanda, se impone atender a los eventuales silencios del ya demandado:

a) La ley (art. 441.1 bis) recoge la posibilidad de solicitar una medida cautelar anticipatoria (la inmediata entrega de la posesión de la vivienda); esta mención expresa es una concreción de lo que, al amparo de la norma general y de cierre que dispone el art. 727.11<sup>a</sup> LEC, cabría instar, si bien con algunas especialidades. El presupuesto del *fumus boni iuris* queda acreditado con el título en que el actor funde su derecho y que ha debido acompañar a la demanda para su admisión. El *periculum in mora* viene objetivado por el tiempo de privación de la posesión que puede prolongarse durante el curso del proceso y la ejecución de lo acordado<sup>31</sup>. No hay, por tanto, que acreditar el *periculum*. Tampoco tendrá el actor que ofrecer caución ni será procedente que la fije el juzgador para acordar y hacer efectiva la medida: así cabe entenderlo a la vista del tenor literal del precepto (que se limita a condicionar su adopción a que lo pida el

---

<sup>30</sup> Para determinar las circunstancias determinantes de la vulnerabilidad social, pueden servir de pauta las situaciones enumeradas, a título ejemplificativo, en el art. 441.7 LEC que habrá que entender referidas no solo al actor, sino también a alguno de los miembros de su unidad familiar: dependencia, enfermedad, minoría de edad, víctima de violencia sobre la mujer.

<sup>31</sup> A este respecto, PÉREZ DAUDÍ y SÁNCHEZ GARCÍA (2017: 7) puntualizaban que, si la legitimación activa para instar esta tutela sumaria se extendiera a todos los propietarios, como ellos propugnaban, en el caso de la medida cautelar debería distinguirse en función de las características del solicitante y, a tal efecto, proponían que quedara eximido de acreditar el *periculum* el solicitante que no fuera propietario de pisos que superasen en 600 000 euros su valor, tomando como referencia el valor catastral de los mismos.



demandante y, por remisión, a que este aporte el título de la posesión) y así se infiere también atendiendo a la finalidad de la norma: la celeridad y la eficacia de la tutela cautelar<sup>32</sup>. Su tramitación también presenta especialidades respecto del régimen general y, señaladamente, las que se vinculan al silencio. En efecto, el art. 441.1 bis prevé que, si se hubiera solicitado la medida cautelar, en el decreto de admisión de la demanda se requiera a los ocupantes de la vivienda para que, en el plazo de cinco días, aporten título que justifique su situación posesoria; si no lo aportan, el juez acordará la medida —por medio de auto irrecorrible—, es decir, ordenará el desalojo y la inmediata entrega de la posesión al demandante. La aportación del título referido condiciona la posibilidad de formular alegaciones que, por otro lado, solo podrán versar sobre la concurrencia de los presupuestos de la medida cautelar (en este caso, los específicos del art. 441.1 bis, según hemos visto). Y a ello se añade que no hay previsión legal de celebración de vista previa a la resolución del incidente. Por consiguiente, el silencio del demandado se vincula a una sola actuación y se despliega en tres manifestaciones: la actuación es la presentación del escrito (o mediante comparecencia) en que se pide que se tenga por aportado el título justificativo de su posesión y se manifiesta en (1) que si lo omite, se adoptará la medida instada por el actor, (2) que solo si lo aporta, podrá alegar pidiendo la desestimación de lo solicitado y (3) que solo en este momento podrá hacer tales alegaciones, pues no tendrá ocasión ulterior en un eventual trámite de subsanación ni en una vista, al no resultar esta procedente.

b) Conforme a lo preceptuado en el art. 438.7 LEC —un apartado introducido por el Real Decreto-ley 6/2023—, si el demandado no contesta, se procederá de inmediato a dictar sentencia, una prescripción que sigue reproduciendo el art. 444.1 bis<sup>33</sup>. Se entiende que una sentencia estimatoria, puesto que, a continuación, el mismo precepto prescribe su eficacia ejecutiva, sujeta a que el actor inste la ejecución, con la especialidad de que, en este caso, no rige el plazo de espera de los veinte días establecido en el art. 548 LEC.

48. Anudar estas consecuencias al silencio del demandado —tanto en lo que respecta a la solicitud de medida cautelar como a la demanda principal— obedece al reforzamiento de la tutela que, en este caso, parte —y así lo confirma la conducta del demandado— no tanto de una controversia, sino de una situación ilegal. Y puesto que la tutela se otorga con carácter sumario, queda abierta la puerta para discutir el derecho (ahora sí, convertido en controvertido) en el proceso ulterior que eventualmente pueda plantearse con carácter plenario. Este reforzamiento queda diluido por las exigencias legales que, como hemos visto, ha incorporado la ley para admitir la demanda, como por ampliación de las circunstancias determinantes de la suspensión del procedimiento y su prolongación en el tiempo<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> En este sentido, PÉREZ DAUDÍ (2018).

<sup>33</sup> Que se haya llevado al art. 438 es técnicamente correcto, pues en este precepto en el que se regula la contestación a la demanda. No lo es, en cambio, duplicarlo en el art. 444 que ha pasado a tener como rúbrica *causas tasadas de oposición*, lo que únicamente justificaría el inciso intercalado entre la norma referida a la falta de contestación y la que excepciona el plazo de espera del despacho de ejecución, es decir, la que limita las causas que el demandado puede hacer valer en la contestación y cuyo tenor sigue siendo el mismo que tenía antes: «La oposición del demandado podrá fundarse exclusivamente en la existencia del título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en falta de título por parte del actor».

<sup>34</sup> A este respecto, LÓPEZ SIMÓ (2024: 1249 y 1250).

3ª) Tutela para la efectividad de los derechos reales inscritos

49. También tienen naturaleza sumaria los juicios verbales en que se demanda por sus titulares la efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación (art 250.1.7º y 447.3 LEC). A estos procesos, según ha habido ocasión de anotar en el epígrafe anterior (al que ahora me remito), serán aplicables las especialidades recogidas en los apartados sexto y séptimo del art. 439 LEC, es decir, las que introdujo la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda.

50. La consecuencia que se anuda al silencio del demandado viene establecida en el art. 438.4 LEC (al que ha, dado nueva redacción el Real Decreto-ley 6/2023): si no contesta, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. Esta prescripción se contenía antes en el art. 440.2 LEC. Uno y otro se refieren a la consecuencia señalada exigiendo que se advierta de ella al demandado: el art. 440.2 lo hacía con motivo de la citación para la vista anudando el efecto de la estimación de la demanda a la incomparecencia a tal acto; con mejor técnica, el vigente art. 438.4 indica que tal apercebimiento ha de realizarse en el emplazamiento para contestar a la demanda, puesto que cobra toda la lógica que sea la falta de contestación y no la incomparecencia a la vista el hecho determinante de que se dicte una sentencia estimatoria: ese es el momento —desde que se generalizó la contestación escrita en el juicio verbal<sup>35</sup>— para efectuar las alegaciones que tenga por conveniente (dentro de los límites que la propia ley establece) amén de que, verificado el silencio, la celebración de la vista pierde su sentido.

51. No es el único silencio del demandado al que se eslabona el efecto señalado. Pero su examen exige atender previamente a lo expresado por el actor. Conforme a lo establecido en el art. 439.2 LEC, el actor ha de pronunciarse, en su escrito de demanda, sobre las medidas que considere necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere y sobre la caución a prestar por el demandado. Si no lo hace, se inadmitirá la demanda. Tal disposición no deja de presentar aspectos problemáticos.

a) El tenor literal del precepto invita a sostener que la solicitud de medidas es obligada para el actor<sup>36</sup>. A diferencia de lo que la propia norma establece respecto de la solicitud de caución que se ha de imponer al demandado, en el caso de las medidas no se alude a la posibilidad de que quien está llamado a pedir las renuncie a hacerlo. No obstante, y en virtud de lo establecido en el régimen general de las medidas cautelares (art. 721 LEC) y del principio dispositivo (que en este caso no se ve desplazado por actuación de oficio alguna ordenada por la ley), estimo que no hay óbice a dar plena eficacia a la renuncia que, eventualmente, pueda expresar el actor a este respecto. Más forzado resulta sostener que el silencio guardado sobre este extremo bien podría interpretarse como señal de su falta de voluntad de instar la adopción de medidas cautelares, lo cual, por tanto, no impediría la admisión de la demanda<sup>37</sup>; lo

---

<sup>35</sup> Ese desajuste entre lo que decía el art. 440.2 y lo que desde la Ley 42/2015, de 5 de octubre, disponía el art. 438.1 (contestación escrita) llevaba a la magistrada y profesora CALDERÓN CUADRADO (2018:77) a abandonar la literalidad del primero con apoyo en una interpretación sistemática y reconducir la oposición al acto de la contestación escrita.

<sup>36</sup> En este sentido, SAP de Badajoz (sec. 2ª) 285/2015, de 24 de noviembre.

<sup>37</sup> En este sentido, la SAP de Cantabria (sec. 3ª) 122/2004, de 7 de abril, que resuelve el recurso frente a



cierto es que la norma eleva la solicitud a requisito de admisibilidad. Por otra parte, teniendo en cuenta que las medidas pueden tener tanto un carácter conservativo (asegurar el estado del bien) como anticipatorio (evitar que se consolide, se prolongue o se intensifique la perturbación), no encuentro obstáculo a que se interesen como medidas para asegurar la efectividad de la sentencia aquellas que se espera obtener con el pronunciamiento de fondo que contenga esta, lo cual podría entenderse, a su vez, como cumplimiento del requisito establecido en el ordinal primero del art. 439.2 LEC<sup>38</sup>. En todo caso, convendría la reforma de este precepto para perfilar más adecuadamente el requisito referido y evitar su estricta aplicación literal como condicionante de la incoación de proceso<sup>39</sup>.

b) ¿Basta con que el actor pida la adopción de medidas, sin más requisitos, para que el juez las acuerde? A primera vista, parece conducir a ello la norma que se recoge en el art. 441.3 LEC:

«En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, tan pronto se admita la demanda, el tribunal adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere».

El propósito del precepto no es tanto establecer un régimen especial para estas medidas como señalar el momento en que deben acordarse y diferir la eventual oposición del demandado a la contestación. Ciertamente, los presupuestos para su adopción se suavizan puesto que, por un lado, el *fumus boni iuris* se acredita con la aportación de la certificación literal del Registro de la Propiedad, sin contradicción alguna, que exige el art. 439. 2.3º LEC: el *periculum in mora* se asocia a la propia perturbación, algo que en la propia demanda se detallará como fundamento de la pretensión; el actor deberá ofrecer y prestar caución (no hay exoneración expresa a este

---

la inadmisión de la demanda: «Pese al tenor literal del precepto, las medidas aseguratorias (a las que se refiere con carácter general el art. 721.2 de la norma procesal) están sometidas al principio general de rogación y sólo pueden adoptarse cuando algún interesado las inste.

»Las medidas aseguratorias o cautelares no deben ser aplicadas de oficio por el Tribunal y requieren siempre petición de parte, de forma que a la propia parte interesada le incumbe también concretar las específicas actuaciones que el órgano judicial ha de adoptar para obtener garantía de la efectividad de su derecho.

»Esta parece ser, conforme a la mayoritaria opinión de la doctrina, la verdadera finalidad del art. 439.2.1º, y no, como parece sugerir su tenor literal, la de condicionar la admisión a trámite de la demanda a la imperativa formulación por el actor de una determinada propuesta de medidas aseguratorias».

<sup>38</sup> En este sentido, SAP de Valencia (sec. 6ª) 27/2003, de 15 de febrero. Se constata en ella que la actora en su demanda «solicita la adopción de aquellas medidas que considera necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que eventualmente pudiera recaer justificando la razón de las que solicita en relación con lo establecido en el artículo 727 y siguientes de la propia norma buscando la adecuación de la medida al contenido del pronunciamiento que ulteriormente interesa en el suplico de su demanda»; por ello, concluye el tribunal, «la demanda cumple las prescripciones legales que justifican su admisibilidad a trámite, sin que el hecho de que el Juzgador de Instancia estime la improcedencia de las medidas solicitadas justifique la inadmisión *ad limine* de la demanda». En igual sentido, AAP de Huelva (sec. 3ª) 45/2009, de 30 de septiembre.

<sup>39</sup> Propugnaba su eliminación CALDERÓN CUADRADO (2018: 152), para quien «someter la admisión de la demanda a similar condición e instancia sería tanto como desnaturalizar la solicitud cautelar».

respecto, a diferencia de lo que dispone el art. 441.4 LEC), si bien, atendiendo a la solidez de la certificación que acredita la apariencia de buen derecho, su cuantía puede ser reducida. El juez puede acordar medidas menos gravosas que las solicitadas, incluso no acordar medida alguna. En todo caso, la decisión que adopte la recogerá en el auto por el que admite la demanda (esta resolución, por el enjuiciamiento que exige, no puede estar confiada al letrado de la Administración de Justicia).

c) El actor en su demanda también ha de expresar

«la caución que, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 [que enumera las formas en que puede prestarse], ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio».

Si no lo hace, la demanda se inadmitirá. Cabe en este caso que renuncie a ello, algo que deberá **hacer contar también en la demanda de modo expreso e inequívoco**. Es precisamente ese carácter renunciante el que invita a sostener que el silencio observado por el actor a este respecto es un defecto subsanable, por lo que, de no observarse ningún otro que determine la inadmisión de la demanda, se habrá de concederle un plazo para que indique cuál es la caución que solicita o que renuncie a ella expresamente.

52. Las observaciones anteriores permiten enlazar con las consecuencias que la ley anuda al silencio del demandado. Su rigor justifica que haya de ser apercibido de ellas y el momento en que tendrá que serlo es el emplazamiento, es decir, al darle traslado de la demanda; la falta del debido apercibimiento determina la nulidad y la retroacción de las actuaciones. El demandado debe quedar advertido de la resolución que se dictará si no contesta a la demanda o si no presta la caución que haya acordado el tribunal: una sentencia estimatoria, conforme a lo dispuesto en el art. 438.4 LEC. Adviértase que, con la notificación de la demanda, se le estará comunicando también la cuantía de la caución que ha de prestar; por tanto, para que se admita la contestación deberá acreditar que la ha prestado<sup>40</sup>. A este respecto, no queda claro si es dentro del plazo que para contestar cuando ha de prestarla o si solo se le emplazará para contestar después de haberla prestado dentro del plazo que, para ello, se le haya dado;

<sup>40</sup> Lo expresaba con rotundidad el primer párrafo del art. 444.2 LEC en la redacción que mantuvo hasta el Real Decreto-ley 6/2023: «En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley».

En todo caso, y dada la identidad de razón, así debe mantenerse como se colige de modo inequívoco de lo que en su momento señaló la STC 45/2002, de 25 de febrero: «**la caución se configura legalmente** como una garantía que debe prestar el demandado (en cualquiera de las formas actualmente previstas en el art. 64.2 LEC) para que le sea *admitida* la oposición a la demanda» (la cursiva es mfa). Y como también declaró esta sentencia, no queda exonerado de prestarla el beneficiario de la justicia gratuita por el hecho de tener reconocido tal derecho.

La SAP de Lleida (sec. 2ª) 473/2018, de 8 de noviembre, recoge el criterio mayoritario mantenido por la jurisprudencia menor: fuera del supuesto en que el actor renuncie a señalar caución, «el tribunal ha de fijar el importe de la misma, que deberá prestar el demandado como presupuesto ineludible si pretende comparecer y contestar a la demanda, hasta tal punto que su falta de prestación determina la continuación del proceso con arreglo a lo solicitado por el demandante-titular registral, quedando vedada al demandado la posibilidad de oponerse ( art. 444-2 de la LEC)».

tampoco la norma despeja el interrogante acerca de la posibilidad del demandado de cuestionar el importe de la caución: si no se ha abierto un trámite específico para ello, podrá recurrir en reposición la resolución en que se haya acordado y, si no lo hubiera hecho, podrá pedir su rebaja en la contestación a la demanda.

La naturaleza sumaria del proceso explica que el carácter tasado de las causas que puede hacer valer el demandado en la contestación a la demanda<sup>41</sup>. En todo caso, si no se ciñera a ellas, es algo que tendrá que resolverse en la sentencia.

Ligar la estimación de la pretensión al silencio del demandado —tanto en lo que respecta a la falta de contestación como la falta de prestación de caución— encuentra su fundamento en la razón que han recogido algunas sentencias<sup>42</sup>: se trata de una manifestación más del elevado grado de protección que el principio de legitimación registral dispensa al titular tabular con la mera presentación de una certificación del Registro de la Propiedad.

4<sup>a</sup>) Tutela por el incumplimiento de los contratos a que se refiere el art. 250.1.10<sup>o</sup> y 11<sup>o</sup> LEC

53. Estos dos ordinales remiten a los cauces del juicio verbal —caracterizado también en estos casos por la sumariedad— el ejercicio de las siguientes acciones:

a) las que, fundadas en el incumplimiento del comprador de las obligaciones derivadas de los contratos de venta a plazos inscritos en el registro, tengan por objeto la condena del demandado a pagar una determinada cantidad de dinero que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos a plazos (art. 250.1.10<sup>o</sup> LEC);

b) las que, fundadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes muebles o de un contrato de venta a plazos con reserva de dominio inscritos en el registro, tengan por objeto la entrega inmediata del bien al demandante (arrendador financiero, arrendador o financiador) en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de este, en su caso (art. 250.1.11<sup>o</sup> LEC).

En uno y otro supuesto, el actor, si no quiere ver inadmitida su demanda, deberá acompañar a esta la acreditación del requerimiento de pago al deudor —con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien— y la certificación de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles<sup>43</sup>.

54. Superado el trámite de admisión y emplazado el demandado, tres son las especialidades atinentes al silencio del demandado:

---

<sup>41</sup> Matiza esta taxatividad CALDERÓN CUADRADO (2018: 79-81) al señalar que crece de sentido impedir el planteamiento de cuestiones de índole esencialmente procesal como la concurrencia de defectos del proceso (relativos a la capacidad, legitimación, postulación, litisconsorcio, inadecuación de procedimiento, litispendencia, cosa juzgada, defecto en el modo de proponer la demanda) o la solicitud, forma e importe de la caución e incluso se muestra partidaria de que pudieran tener cabida la resistencia a las peticiones accesorias o complementarias eventualmente formuladas y la inexistencia de la perturbación en sí misma considerada

<sup>42</sup> Es el caso de la SAP de Girona (sec. 1<sup>a</sup>) 401/2023, de 24 de mayo, como también puede advertirse en la motivación ofrecida por la SAP de Barcelona (sec. 17<sup>a</sup>) 927/2018, de 21 de diciembre.

<sup>43</sup> Sobre la necesidad de este segundo documento en los casos de arrendamientos, financieros o no, hay discrepancia. Véase al respecto, VILLAMARÍN LÓPEZ (2019: 210 y 211).

a) la falta de contestación —en un plazo que se reduce a la mitad respecto del ordinario— determina que el juez dicte una sentencia estimatoria irrecurrible; a la falta de contestación se asimila la inasistencia a la vista sin causa justificada (art. 441.4.II y III LEC), si es que se ha acordado su celebración;

b) por otro lado, debe tenerse en cuenta el silencio impuesto al demandado al limitar las causas en que puede fundar su oposición (art. 444.3 LEC) y sancionar el incumplimiento de esta limitación, puesto que, si su oposición se fundara en una causa distinta, determinará también que se dicte, sin más trámites una sentencia estimatoria<sup>44</sup> (art. 441.4.III LEC); tan restrictiva relación de causas —una de carácter procesal (la falta de jurisdicción o de competencia) y tres de fondo (el pago acreditado documentalmente, la inexistencia o falta de validez del consentimiento y la falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato)— ha sido objeto de crítica por no haber motivo para no dar cabida a la alegación de excepciones procesales, por reducir las causas de fondo a un elenco más limitado que las oponibles en la ejecución de un título extrajudicial y porque, en el caso de las relativas a los vicios del consentimiento y de falsedad documental, cabe que provoquen una cuestión prejudicial penal y la suspensión de las actuaciones civiles con el consiguiente retraso del desarrollo y conclusión del juicio verbal<sup>45</sup>;

c) la ley establece un régimen especial de medidas cautelares —el embargo preventivo, en el caso del ordinal 10º, y el depósito, en el caso del ordinal 11º— que consiste en su preceptiva e inmediata adopción (en el momento de admitir la demanda) sin caución; el silencio se impone al demandado, puesto que, según dispone el art.441.4.I LEC, no se admitirá su oposición, como tampoco se admitirán solicitudes de modificación o de sustitución de las medidas por caución.

55. Como bien puede advertirse, tan riguroso tratamiento del silencio en los dos casos examinados encuentra su fundamento, al igual que en otros supuestos ya vistos, en el reforzamiento de la tutela, un reforzamiento que se proyecta tanto en la tutela cautelar como en la tutela declarativa y que se orienta, asimismo, a la tutela ejecutiva y que se acentúa al añadir a la adopción de las medidas cautelares y de la sentencia estimatoria —y su carácter irrecurrible— la imposición de una multa si el demandado funda su contestación en alguna causa que no cabe en el art. 444.3 o no asiste a la vista, lo que obedece a la finalidad de disuadir que se formule una oposición con la única intención de dilatar el proceso.

### *B) Los procesos de estructura o técnica monitoria*

#### 1º) El proceso monitorio

56. El proceso monitorio es un proceso especial para la reclamación de deudas dinerarias vencidas, de cuantía determinada y exigibles. La reclamación se articula por el acreedor, sin necesidad de abogado ni procurador, a través de una solicitud a la que ha de acompañar el documento en que se apoya (un principio de prueba o un tí-

<sup>44</sup> Sostiene Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2001:761) que, en el caso en que el tribunal inadmita la oposición por no estar comprendida en el art. 44.3 LEC la causa alegada por el demandado, procederá que el tribunal dicte sin más trámites sentencia estimatoria, pero esta no podrá considerarse irrecurrible, es decir, que la irrecurribilidad solo es aplicable cuando el demandado no conteste o, si lo hace, no acuda a la vista.

<sup>45</sup> Al respecto, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2001: 770) y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN (2008: 370).

tulo admonitivo). Si cumple los presupuestos y requisitos que la ley establece —cuyo examen se confía al letrado de la Administración de Justicia—, se requiere al deudor para que pague o se oponga (alegando las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad que se le reclama). Al requerirle se le apercibirá de que si no paga ni se opone, se despachará ejecución contra él: en realidad, lo que procederá es dar por terminado el monitorio (mediante un decreto) y dar traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución. Esta descripción pone de relieve cuál es la finalidad del proceso monitorio: la rápida obtención de un título ejecutivo. Y obedece a una razón que proporciona la experiencia: las deudas que recogen esos documentos son existentes y debidas, y, si no son atendidas, no es porque haya discusión sobre la pretensión, sino resistencia a cumplirla. Si no hay discusión, seguir las actuaciones del proceso declarativo se presenta no solo como un obstáculo (generador de costes y retrasos, para el acreedor y para el sistema), sino como algo inútil, puesto que la certidumbre del derecho que en él se persigue no es cuestionada. Aquí radica el fundamento de la consecuencia que en el proceso monitorio se anuda al silencio del deudor: con su conducta proporciona un argumento para tener como veraz la pretensión del acreedor y concederle la tutela solicitada.

57. Pero la conclusión del proceso monitorio en estos casos aporta algo más que la creación del título ejecutivo. Otorga una tutela declarativa, declara la certeza del derecho del acreedor frente al deudor, una certeza que aquel afirmaba y que este no ha negado. Y aún más: la declara con carácter irrevocable. Estas notas caracterizadoras se despliegan tanto sobre el proceso de ejecución que inste el acreedor como sobre un eventual y ulterior proceso declarativo que pudiera promover cualquiera de las dos partes.

a) En la ejecución del decreto que ha puesto fin al monitorio —y con las salvedades que más adelante se verán en materia de consumidores—, la oposición del deudor ejecutado solo podrá fundarse en los motivos que el art. 556 LEC establece para aquellos casos en que el título es una sentencia de condena (es decir, el pago, la transacción o el pacto de no pedir realizados después del nacimiento del título ejecutivo, o la caducidad de la acción ejecutiva cuyo plazo es de cinco años). El silencio mantenido en el monitorio limita su margen de actuación en el proceso de ejecución. Además, con la creación del título que se anuda al silencio del deudor requerido, se da comienzo al devengo de intereses de mora procesal, conforme a lo establecido en el art. 576 LEC, puesto que el decreto que constituye el título, aunque no es propiamente una resolución de condena —que es lo que literalmente dispone el art. 576—, tiene un resultado práctico equivalente<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Así lo entiende y razona LÓPEZ SÁNCHEZ (2019: 410-412). La suya no es la posición mayoritaria (como señala en la nota 648 de su monografía), pero convengo con él al afirmar que el devengo de los intereses referidos es uno de los efectos que tiene la incomparecencia del deudor en el monitorio. Aunque es cierto que el art. 816.2 LEC liga el devengo al momento en que dicte el auto despachando ejecución, es preciso recordar que esta disposición obedecía a la regulación originaria del monitorio, es decir, cuando la falta de oposición del deudor no daba pie a que se dictara resolución alguna constitutiva del título ejecutivo, sino que determinaba que el juez, de forma inmediata, despachara ejecución por medio del correspondiente auto, es decir, sin solución de continuidad. Ahora (desde la reforma de 2009) que existe esa resolución —el decreto del letrado de la Administración de Justicia—, lo procedente es acudir al art. 576. «Carece de sentido que el devengo del interés de mora procesal se retrase a la fecha en que se dicte auto despachando ejecución, sobre todo, porque con tal medida decae la razón que justifica el devengo de este interés, que no es otro que disuadir al deudor de la interposición de

b) Conforme a lo dispuesto en el art. 816.2 LEC, «el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere». Lo que describe este precepto es el efecto negativo de la cosa juzgada, aunque evite utilizar el término, probablemente porque la eficacia que se atribuye a la resolución es estrictamente la excluyente de un proceso ulterior y no la positiva o prejudicial que es también propia de la institución de la cosa juzgada. En todo caso, convengamos o no en su calificación, el tratamiento procesal del efecto señalado por el art. 816.2 LEC será el propio de las excepciones y óbices procesales: alegada la cuestión por el demandado en su contestación y estimada por el juez, dictará un auto de sobreseimiento. Si el crédito en que se funda el segundo proceso es el mismo o no que el que fundó la reclamación del monitorio es algo que deberá acreditar aquel que pretenda, respectivamente, que se excluya o se proceda a su enjuiciamiento.

58. El fundamento del efecto anudado al silencio del deudor requerido se encuentra en la transformación del derecho de defensa en la carga de la defensa y de ahí que esta técnica, que comporta dejar decidida la situación entre acreedor y deudor, se limite a determinados supuestos<sup>47</sup>: del hecho (*rectius*: del acto) de no levantar la carga —de guardar silencio y desaprovechar la oportunidad de convertir en controvertida la pretensión del acreedor— la ley infiere la inexistencia de razones para oponerse y, consiguientemente, la consecuencia de otorgar la tutela declarativa con carácter definitivo sin necesidad de enjuiciar la acción afirmada por el actor<sup>48</sup>. Advertirá el lector que he corregido hecho por acto; el rigor de la consecuencia descrita que la ley anuda al silencio del deudor requiere que la conducta observada por este sea consciente y querida, es decir, sea una auténtica manifestación de voluntad y no la mera constatación de un acaecimiento: el fundamento de otorgar la tutela pretendida por el acreedor no radica tanto en las razones que este haya podido verter o acompañar a su solicitud como en el silencio del deudor. Por ello, al igual que lo apuntado en otros supuestos y en este caso con mayor razón, para desplegar el efecto que la ley eslabona al silencio del deudor, será preciso que en la comunicación del requerimiento que se le dirige se expresen —se le aperciba— de las consecuencias que se seguirán en el caso de que no formule oposición en el plazo establecido para ello. Esta observación conduce, a mi parecer, a estimar insuficiente la previsión que recoge el segundo párrafo del art. 815.1 LEC. Dispone este que al notificar al deudor el requerimiento, se

---

recursos frente a la resolución del letrado de la Administración de Justicia que pone término al proceso monitorio. No solo se disuade de la interposición de recursos, sino que se incentiva el más pronto cumplimiento en cuanto que el inicio de la ejecución no se produce de forma inmediata, sino cuando lo insta el acreedor».

<sup>47</sup> Al respecto, LÓPEZ SÁNCHEZ (2021: 40).

<sup>48</sup> En este sentido, señala LÓPEZ SÁNCHEZ (2021: 32) que «el enjuiciamiento es instrumental respecto de la tutela declarativa que el proceso de declaración presta. Despejada la incertidumbre mediante el enjuiciamiento, el pronunciamiento declarativo es la consecuencia necesaria. Un proceso sin enjuiciamiento de la cuestión de fondo —como sucede en el monitorio— puede no obstante proporcionar una tutela declarativa, en la medida en que comporte un acto de imperio que afirme la existencia de un derecho y la subsistencia y necesidad de que se lleve a cabo su cumplimiento y el proceso monitorio comporta tal acto de imperio. La existencia de aquella decisión es lo que permite afirmar que se otorga una tutela declarativa, por cuanto que se despeja la incertidumbre en torno a la situación jurídica existente entre acreedor y deudor, por más que el deudor no haya discutido la procedencia de la reclamación del actor».



le percibirá de que «de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despachará contra él ejecución según lo prevenido en el artículo siguiente». La claridad del acto de comunicación exige, a mi juicio, no una remisión al art. 816, sino la expresión de lo que en él se dispone, es decir, que se da por concluido el monitorio y que el acreedor puede instar la ejecución a partir de ese momento (esto es, desde que se le dé traslado de la resolución con la que se pone fin al monitorio). Pero, además —y aquí radica la insuficiencia a la que antes aludía y cuya referencia el art. 815 omite—, la notificación debería expresar la consecuencia de no poder discutir en un proceso ulterior la cantidad reclamada y declarada como debida. Me parece más que aconsejable que el legislador, en una de tantas iniciativas por las que se modifican los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluyera esta precisión.

59. Lo dicho vale para todos los procesos monitorios: lo son, sin duda, el monitorio general, el monitorio para las reclamaciones por impagos de los gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos y el proceso monitorio europeo. Hay otros procesos que se sirven de la técnica monitoria, pero presentan diferencias sustanciales que invitan a cuestionar si pueden ser incluidos en la categoría de los procesos monitorios. Es el caso de los procesos llamado de cuenta jurada y del juicio de desahucio por falta de pago.

#### 2º) La jura de cuentas

60. Los primeros —regulados en los arts. 34 y 35 LEC para las reclamaciones de los derechos de los procuradores y de los honorarios de los abogados frente a sus representados o defendidos— se sirven de un elemento propio de la estructura del proceso monitorio, como es el requerimiento, para colocar al deudor en la tesitura de pagar u oponerse, con el apercibimiento de apremio si no hace lo uno ni lo otro. Pero si atendemos a cómo dispone la ley el procedimiento a seguir, advertiremos elementos diferenciadores. En particular, los reclamantes han de acompañar la cuenta o minuta detalladas, es decir, que incluya cada una de las partidas —las que correspondan a las actuaciones realizadas— de las que resulta la suma reclamada (en el caso del procurador, además, deberá ser justificada, lo que exige, cuando se trate gastos suplidos, acompañar la acreditación del pago); la documentación aportada es clave para que el procedimiento concluya con éxito para el reclamante, puesto que si el deudor formula oposición, el procedimiento no termina, sino que sigue con el examen de la cuenta o minuta presentadas, la documentación aportada, la oposición y las alegaciones que frente a esta última se hagan valer. Pero hay más: la resolución que se dicte —haya habido o no oposición— no cierra las puertas a un ulterior proceso; por virtud de la STC 34/2019, de 14 de marzo, se han expulsado de la ley los párrafos de los arts. 34.2 y 35.2 LEC que decían que el decreto que resuelve estos procedimientos «no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en un juicio ordinario ulterior»; la censura obedeció a la irrecurribilidad del decreto prescrita por la ley en ambos preceptos, pero la posibilidad de reiterar la reclamación o su improcedencia en un proceso posterior debía seguir afirmándose, dada la naturaleza sumaria del procedimiento que la propia sentencia del Tribunal Constitucional seguía afirmando<sup>49</sup>. La nueva redacción dada a

<sup>49</sup> En su fundamento jurídico sexto se expresa en estos términos: «como recuerda la STC 184/2002, de 14 de octubre, FJ 3, es el carácter de los créditos devengados durante la sustanciación de un litigio lo que permite abreviar el procedimiento para su reintegro dentro del mismo proceso en el que se han producido. Se configura un procedimiento sumario en el que el letrado de la administración de

los dos artículos por el Decreto-ley 6/2023 lo confirma al dejar expedito el acceso a un proceso plenario y negar el efecto de cosa juzgada no solo al decreto del letrado de la Administración de Justicia —que, por su carácter no jurisdiccional, difícilmente podría tenerlo—, sino también al auto resolutorio de la reposición que eventualmente se interponga frente a tal decreto —y cuyo objeto no puede ensanchar los límites de la pretensión y el examen que ha conducido a la resolución ahora recurrida— :

«Este decreto y el auto que resuelva el recurso de revisión no prejuzgarán, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en juicio declarativo posterior».

61. El legislador ha considerado que la protección de los derechos económicos del procurador y del abogado originados por la labor desempeñada por estos profesionales en un proceso concreto es merecedora de un cauce especial<sup>50</sup>; y así lo confirmó la STC 110/1993, de 25 de marzo, al señalar que

«en los procedimientos de jura de cuentas no se trata de proteger intereses subjetivos o personales en provecho de los profesionales legitimados para promoverlos, sino de que las obligaciones como cooperadores con la Administración de Justicia han cumplido dentro del proceso, tengan dentro del mismo el cauce adecuado para reintegrarse de los gastos y contraprestaciones correspondientes a dicha cooperación».

Este punto de partida explica el tratamiento diferenciado —a través de un procedimiento sumario (caracterizado, entre otras cosas, por su celeridad)— que la ley dispensa para tutelar los mencionados derechos. Parejamente y por ello, es también la razón que fundamenta la consecuencia anudada al silencio del deudor que, no obstante, podrá acudir, como también podrá hacerlo el acreedor, al proceso plenario que corresponda y volver sobre la cuestión.

3º) El desahucio por falta de pago o expiración del plazo

62. El desahucio por falta de pago o expiración del plazo presenta una pluralidad de perfiles en lo que al silencio respecta, atendiendo a su naturaleza y al modo en que la ley ha configurado su estructura y sustanciación. Se trata de un juicio verbal por razón de la materia, con un buen número de especialidades, de naturaleza sumaria<sup>51</sup>;

---

justicia, órgano no investido de función jurisdiccional (en el mismo sentido, STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto Margarit Panicello), valora la adecuación de la minuta a la actuación profesional del letrado, resuelve sobre los derechos del abogado frente a la parte que le ha encargado su defensa, determina la cuantía de lo adeudado e impone su cumplimiento al obligado». Y más adelante señala: «Que sea posible plantear tal cuestión en el proceso declarativo posterior que pueda promoverse, es consecuencia de su naturaleza sumaria pero eso no es suficiente para entender que, específicamente, frente al decreto en cuestión y las decisiones que en él se adoptan existe, a disposición de aquel al que se le plantea la reclamación, una vía de control judicial pleno en una cuestión que atañe directamente a sus derechos e intereses legítimos».

<sup>50</sup> Con amplitud, HERRERO PEREZAGUA (2011: *passim*)

<sup>51</sup> Como ya señaló BERNARDO SAN JOSÉ (2010:39), en el caso del proceso de desahucio por extinción del plazo «lo único que hace que este proceso sea sumario, y no plenario, es la voluntad del legislador manifestada en el nuevo artículo 447.2 de la LEC. A pesar de que las partes no tienen más restricciones a la hora de alegar y probar que las derivadas de la limitación del objeto procesal, el legislador quiere ahora que la sentencia que se dicte en el proceso de desahucio por expiración del plazo no impida iniciar un ulterior proceso declarativo en el que las partes puedan debatir de nuevo sobre la cuestión deducida en el proceso anterior».



las causas que puede hacer valer el demandado para oponerse a la pretensión resolución del contrato y recuperación de la posesión de la finca por el actor son tasadas. Conforme a lo que dispone el art. 444.I LEC:

«sólo [sic] se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación».

63. Esta limitación<sup>52</sup> comporta una cognición igualmente limitada, lo que explica que el art. 447.2 LEC establezca que la sentencia que se dicte no producirá efectos de cosa juzgada. Explica asimismo que el actor en la demanda ha de indicar las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio. Si el demandante guarda silencio a este respecto —si omite tal indicación—, la demanda se inadmitirá (art. 439.3 LEC). La carga y la consecuencia de su inobservancia son proporcionadas al cauce que se brinda para la obtención de la tutela.

64. Tiene, en cambio, un carácter facultativo el compromiso de condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que el arrendador indique, que no podrá ser inferior a quince días desde la notificación de la demanda (art. 437.3 LEC). Si el actor quiere comprometerse a ello, el momento para anunciarlo es la demanda, ya tenga esta como exclusivo objeto recuperar la posesión de la finca, ya se acumule a ella la reclamación de rentas. El silencio del actor a este respecto comporta que, si se han acumulado las dos acciones, la sentencia tendrá que pronunciarse sobre ambas y si la única acción ejercitada ha sido la de desahucio, nada obsta a que en un ulterior proceso pueda reclamar con éxito las rentas debidas.

65. El actor también podrá interesar en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora que fije el juzgado. Hacer expresa esta solicitud —integrarla en el objeto del proceso— es determinante de que la resolución estimatoria que se dicte contenga tal pronunciamiento (art. 438.6.II LEC) y suficiente para su ejecución directa sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora señalados en la sentencia o en el requerimiento (art. 549.3 LEC). *A sensu contrario*, la omisión de esta petición en la demanda de desahucio comportará la necesidad de presentar demanda ejecutiva.

66. Doy por reproducidas las consideraciones sobre las cargas y obligaciones y los silencios —de las partes y de los servicios sociales— en los casos de vulnerabilidad y su incidencia en el proceso.

67. Al objeto de este trabajo, se impone centrar la mirada en aquello que dice, puede decir o calla el demandado. Las distintas posibilidades se abren para él a partir del requerimiento que se le dirige una vez admitida la demanda. Acabamos de apuntar la posibilidad de que el actor anuncie en la demanda su compromiso de condonar todo o parte de lo debido por el demandado a condición de que deje libre la finca en el plazo señalado: si lo acepta, se entiende producido el allanamiento (art. 438.5.II LEC); si no lo hace, hay que atender a la conducta que adopta frente al requerimiento que le sitúa en la alternativa de satisfacer la pretensión (desalojar la finca y, en su

<sup>52</sup> El enunciado del precepto legal, sin embargo, no debe conducir a inadmitir otras alegaciones del demandado como la falta de legitimación (activa o pasiva), que el pago no tuvo lugar por causas imputables al actor o que las cantidades que este afirma como debidas no son repercutibles en el demandado, de modo que no existe la obligación del arrendatario de abonarlas.

caso, pagar lo debido y reclamado), enervar la acción o dar razones por las que no debe la cantidad que se le reclama o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación. Las semejanzas de este régimen con las disposiciones propias de la técnica monitoria son claras, y así lo confirman las consecuencias que se anudan al caso en que el deudor no atienda el requerimiento (como enseguida veremos). Pero, previamente, conviene detenerse en un aspecto que condiciona en buena parte el análisis de lo que puede ser el modo de proceder del demandado.

68- La ley permite acumular a la acción de desahucio —ya lo sea por impago de las cantidades adeudadas ya por expiración del plazo— la de reclamación de rentas<sup>53</sup>, aunque el importe de estas supere los límites cuantitativos del juicio verbal; se trata de una excepción a la regla general que prohíbe la acumulación de acciones en los juicios verbales con el ánimo de no entorpecer la tramitación de este tipo de procesos que el legislador se propone que sean ágiles y para los que, por ello, reserva controversias caracterizadas por su falta de complejidad. En el caso de las acciones de desahucio por falta de pago y de reclamación de rentas su acumulación no dificulta el tratamiento procesal puesto que una y otra tienen un mismo fundamento fáctico (el impago de las rentas vencidas). Pero no debe olvidarse que, de ventilarse por separado, el proceso en que se ejercitase la acción de desahucio sería un proceso sumario y el correspondiente a la reclamación de las rentas sería uno plenario. Sostiene Gascón que, no obstante la acumulación, para una el juicio funciona como sumario y para otra como plenario<sup>54</sup>. Sin embargo, la STS 1006/2023, de 21 de junio, apunta en otro sentido. En el asunto que decide, la actora había solicitado en su demanda el desahucio por falta de pago (un inmueble de ocho plantas que la demandada iba a destinar a hospedaje) y la condena al pago de las cantidades adeudadas y los intereses de mora, más las que se devengasen durante la tramitación del proceso hasta la entrega efectiva de la posesión de la finca, así como los intereses hasta que se produjera el efectivo pago de todo lo adeudado. La demandada se opuso a la demanda y alegó no adeudar cantidad alguna, dados los graves incumplimientos por la actora (la falta de entrega de la documentación necesaria que retrasó la obtención de licencias y autorizaciones para la realización de las obras y la explotación de la actividad empresarial prevista en el contrato e impidió que se pudiera terminar la reforma dentro del período de carencia que en él se preveía, así como la existencia de vicios ocultos que obligó a reali-

<sup>53</sup> Y aún permite el art. 437.4.3ª LEC acumular una tercera acción: la de reclamación de rentas ejercitada contra el fiador o avalista solidario siempre que el actor acredite haber efectuado frente a él un requerimiento previo de pago que no haya sido satisfecho.

<sup>54</sup> BERNARDO SAN JOSÉ (2010: 88) sostenía también que el ejercicio cumulativo de las dos acciones no altera su naturaleza y así, por ejemplo, si el demandado alegase en su defensa la existencia de un crédito compensable frente al actor, el tribunal solo podría tener en cuenta esta alegación en relación con la acción de reclamación de cantidad, pero no respecto de la acción de desahucio, lo que habría de conducir, si la alegación fuera estimada, a absolver al demandado en cuanto al pago de las cantidades reclamadas y a decretar el desahucio. GASCÓN INCHAUSTI (2019: 68) argumenta así: «De ahí la utilidad del artículo 437.3ª —salvar el obstáculo de la incompatibilidad procedimental y eludir que el demandado pudiera aducir con éxito la llamada “excepción de cuestión compleja”, acuñada en la práctica para excluir del ámbito de los procesos sumarios aquellos aspectos de la relación jurídica controvertida que excedan de las previsiones legales—; y es que si, a los ojos del legislador, esta diversidad de motivos para acudir al juicio verbal hubiese sido irrelevante, lo cierto es que el precepto habría resultado inútil —al menos si la causa del desahucio es el impago de rentas y lo reclamado no excede de 6000 euros [hoy, 15 000]—, pues quedaría abarcado por la previsión del apartado 1º, ya que se fundan en los mismos hechos (el impago de las rentas o cantidades análogas vencidas)».

zar obras cuyo coste, entendía la demandada, que debía ser de cuenta de la propiedad por lo que lo oponía como excepción al pago requerido). La sentencia de primera instancia estimó la demanda: declaró resuelto el contrato de arrendamiento, acordó el desahucio y condenó a la entidad demandada a que abonase a la actora 249 811,40 euros, más los intereses previstos en el art. 576 LEC hasta su completo pago, así como al pago de las rentas que se devengasen hasta la entrega efectiva de la posesión de la finca. Basó su decisión en que los motivos de oposición invocados por la demandada exceden del estrecho marco del juicio verbal de desahucio. La sentencia de segunda instancia confirmó la resolución apelada y respecto de las razones reiteradas por la demandada en su recurso señaló que son cuestiones complejas que exceden del estrecho margen del juicio de desahucio. La Sala Primera estima el recurso por infracción procesal interpuesto por la demandada. Parte el tribunal de lo que decía el último inciso del primer párrafo del art. 440.3 LEC (y que hoy se reproduce en el último inciso del primer párrafo del art. 438.5 LEC) que permite al demandado alegar, en lo que ahora interesa, «las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada». Casa la sentencia recurrida por haber infringido ese precepto al no pronunciarse sobre las razones por las que la demandada recurrente entendía que no debía las cantidades reclamadas. Y formula estas dos conclusiones estrechamente conectadas entre sí:

a) «[I]a acumulación de la acción de reclamación de cantidad a la acción de desahucio permite alegar y conocer acerca de si se debe o no la cantidad reclamada conforme al contrato, sin que se puedan establecer limitaciones a la cognición de las excepciones al pago invocadas»;

b) «el procedimiento pasa a tener la naturaleza plenaria propia de un pleito en el que se reclama el pago de una cantidad, con efectos de cosa juzgada, dada la imposibilidad de escindir los efectos que el conocimiento de la reclamación de rentas puede provocar en el desahucio por impago. En la medida en que la estimación de una excepción al pago puede determinar que la cantidad reclamada no se deba, ello puede dar lugar al fracaso de la acción de desahucio, pues sin impago no hay causa de desahucio».

Adviértanse, por tanto, las dos enseñanzas que debemos extraer: de una parte, lo que el demandado puede decir y lo que el juez, en tal caso, debe examinar; y de otra, afirmado el carácter plenario del proceso respecto de ambas acciones, pesa sobre el demandado la carga de alegar cuantas razones pueda oponer, puesto que, si no lo hace, precluirá la oportunidad de hacer valer las que hubiera omitido y si quisiera fundar en ellas una pretensión en un pleito posterior (pidiendo la recuperación de la posesión de la finca), verá cerrada tal posibilidad en virtud de la cosa juzgada, una puerta que, sin embargo, queda abierta (para ambos litigantes) si solo se hubiera ejercitado la acción de desahucio. El silencio, por tanto, adquiere un significado distinto cuando las dos acciones se ejercitan conjuntamente.

69. Según hemos visto, y al igual que se dispone en los procesos de estructura monitoria, el demandado es requerido para que desaloje el inmueble y pague (o enerve la acción) o dé razones. Si no atiende el requerimiento, se entiende que presta su consentimiento a la resolución del contrato de arrendamiento (438.5.III) —o, habría que añadir, a la finalización del contrato si el fundamento del desahucio que se pide es la expiración del plazo—, se dictará decreto danto por terminado el juicio de desahucio y, si así lo hubiera solicitado el actor, se procederá al lanzamiento el día y la hora señalados (438.5.V). La diligencia de lanzamiento quedará sin efecto si se hubiera

producido el desalojo voluntario (salvo que interese al actor que se levante acta sobre el estado en que se encuentre la finca); en este último caso —desalojo sin pago—, habrá el acreedor demandante, si así lo quiere, instar el despacho de la ejecución por las cantidades debidas y reclamadas (438.5.VI). También se declarará el desahucio si el demandado no comparece a la vista (438.6.I), de lo que, como en todos los demás extremos antes señalados, se le apercibirá en el requerimiento.

A diferencia de lo que es característica propia del proceso monitorio, la oposición del deudor no le pone fin, sino que determina la continuación del procedimiento con la citación para la vista que presenta algunas especialidades ligadas a su incomparencia, entre las que destaca, como acabo de señalar, que se prescindirá de llevar a cabo las actuaciones propias de este trámite, procediéndose, sin más, a dictar la resolución que declarará el desahucio.

70. Las consecuencias que se anudan al silencio del demandado, por tanto, son expresión del reforzamiento de la tutela del arrendador; si, por un lado, esta apreciación nos lleva a reiterar las consideraciones ya expuestas en otros casos de tutela sumarias, me parece que podremos convenir que tal reforzamiento se intensifica cuando el proceso pasa a tener naturaleza plenaria, un reforzamiento que va más allá del propio del proceso monitorio, pues alcanza también a las actuaciones que siguen cuando el deudor ha formulado oposición. Conserve o no su naturaleza sumaria la acción de desahucio, la tutela se refuerza en un grado más de cara a la ejecución, puesto que no será necesario formular demanda ejecutiva, si en la que dio inicio al verbal ya se pidió el lanzamiento, ni someterse al plazo de espera establecido en el art. 548 LEC, todo lo cual permite una más ágil y pronta realización del derecho declarado; y obsérvese que el derecho sobre el que se proyectan estas previsiones legales es el que concierne a la recuperación de la posesión de la finca, no así al del pago de la rentas al que hubiera sido condenado el demandado.

## **2. Haberlo dicho antes (a su tiempo) y quien calla ni afirma ni niega**

### **2.1. La preclusión conforme a la ley**

71. Manifestación del principio dispositivo es que la propia existencia del proceso depende de la voluntad —la iniciativa— de quien pretende la tutela jurisdiccional de su derecho. Y lo es también que el objeto del proceso viene determinado por lo que decida pedir y la razón que invoque como fundamento de su pretensión: qué pide y por qué lo pide. El silencio opera de distinto modo respecto de lo uno y lo otro, puesto que si se ha de estar estrictamente a lo que el actor pide y no a lo que pudo pedir, en cambio, las razones que calla, pudiendo haberlas aducido, quedan sometidas a un régimen de eficacia diverso y riguroso. La acción que pudo ejercitarse y no se ejercitó no se consume por ese solo hecho: podrá su titular ejercitarla posteriormente y dar con ello lugar a otro proceso en el que habrá de ser enjuiciada; no haberla ejercitado en el anterior no priva de la oportunidad de su ejercicio en el posterior, aunque su suerte puede estar condicionada por el tiempo que se haya dejado transcurrir. Por el contrario, la razón que no se adujo como fundamento de lo pretendido, no podrá invocarse en un ulterior proceso en que se pretenda lo mismo frente a un mismo sujeto, puesto que la ley establece la clausura de ese segundo proceso: aunque la acción tiene una causa de pedir distinta, esta pudo hacerse valer en el proceso anterior y la consecuencia de esa falta de ejercicio se hace recaer sobre quien lo omitió en el sentido

de tenerla por aducida, aunque no se adujera. Este efecto que se proyecta hacia otros procesos no es el único; también lo hay hacia el propio proceso en que se produce el silencio.

72. La línea divisoria a la que acabo de hacer referencia no siempre se ha percibido con nitidez. La STJUE de 3-10-2013 (C-32/12, *Duarte*) es muestra de ello. La demandante había adquirido un coche de techo corredizo; cuando llovía, se filtraba el agua y las reparaciones que la vendedora efectuó no fueron eficaces ni tampoco atendió la petición de sustituir el vehículo. La compradora decidió acudir a los tribunales y, en su demanda, pidió la resolución del contrato que el juzgado no estimó procedente por ser de escasa importancia el defecto que dio origen al litigio. La compradora tenía derecho a pedir una reducción del precio; pero no la pidió y, consiguientemente, el juez no la podía conceder. Entendiendo que no solo no la podía conceder, sino que, en el caso de que la actora la pidiera en otro proceso, tampoco podría hacerlo por quedar cubierta por la cosa juzgada, el juez elevó una cuestión prejudicial preguntando si podía reconocer de oficio al consumidor una reducción adecuada del precio. El TJUE concluyó que la ley española se oponía a la norma europea<sup>55</sup> porque

«cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda».

Anudar al silencio del consumidor demandante la pérdida de un derecho (en este caso, la posibilidad de reclamar y obtener la reducción del precio) no se estima acorde con el principio de efectividad; el silencio, en consecuencia, puede ser suplido por el juez. Ocurre, sin embargo, que la conclusión alcanzada parte de una premisa errónea provocada por lo que el juez que planteó la cuestión prejudicial no dijo; y recuérdese que es el juez nacional quien define bajo su propia responsabilidad el marco normativo cuya exactitud no le corresponde comprobar al Tribunal de Justicia. También lo dejó de decir el abogado del Estado al formular sus observaciones. Lo que el art. 400 LEC establece no es lo que se trasladó al TJUE: no es cierto que la pretensión de reducir el precio que no formuló la actora no podía ser juzgada en un ulterior procedimiento porque no es cierto que la cosa juzgada se extienda a todas las acciones que hubieran podido ser ejercitadas en un primer procedimiento<sup>56</sup>. No es correcto sostener, como se expuso al remitir la cuestión prejudicial, que nuestra ley

<sup>55</sup> La norma que sirvió de contraste fue la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Su art. 3.2 enumera los derechos que el consumidor puede hacer valer frente al vendedor en caso de falta de conformidad con el contrato del bien entregado. En primer lugar, de acuerdo con el apartado 3 del mismo artículo, el consumidor podrá exigir la puesta en conformidad del bien. De no poder obtener dicha puesta en conformidad, tendrá derecho, en segundo lugar, de acuerdo con el apartado 5 del artículo, a una reducción del precio o a la resolución del contrato. No obstante, según se desprende del apartado 6 del artículo, cuando la falta de conformidad del bien entregado sea de escasa importancia, el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato y únicamente podrá solicitar una reducción adecuada del precio de compra del bien controvertido.

<sup>56</sup> Véanse los apartados 22 y 36 de la sentencia.

procesal exija al consumidor —ni a cualquier otro litigante— deducir siempre todas las pretensiones concebibles, siquiera sea con carácter subsidiario. No es eso lo que dice el art. 400. Lo que este dispone es que cuando el actor pueda fundar lo que pide (su *petitum*) frente al demandado en más de una causa de pedir, pesa sobre él la carga de hacerlo. Las que no haga valer (las que no alegue, las que no diga), precluyen.

73. La preclusión es la expresión técnica y precisa de lo que en un lenguaje llano podríamos expresar diciendo «cada cosa en su momento» (o cada cosa a su debido tiempo). El proceso, en su aspecto externo, evoca ante todo la idea de orden: una sucesión ordenada de actuaciones. El orden proporciona no solo certidumbre, sino, sobre todo, ocasión para la realización de un determinado acto. Y el reverso de toda ocasión, en un trazado reglado como es el proceso, es su pérdida si no se aprovecha. Ese es el término con el que el art. 136 LEC expresa lo que acarrea la preclusión: «se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate». Este precepto mira *ad intra* en el proceso. La preclusión, como se infiere de su etimología, cierra o clausura la posibilidad ofrecida que se deja pasar, aquella en la que se pudo decir algo y, en su lugar se guardó silencio o en la que lo que se dijo, se hizo de forma indebida y, por tanto, no merecedora de ser escuchada ni atendida, o sea, como si no se hubiera dicho, puesto que, quien quiera hacerlo, habrá de actuar conforme a lo dispuesto en las normas procesales, como establece el art. 1 LEC cuando enuncia el principio de legalidad procesal<sup>57</sup>. La consecuencia que se anuda al obrar contrario a lo así establecido es la inadmisión.

74. El art. 400 LEC, especialmente en su apartado segundo, mira *ad extra*; como dice la Exposición de Motivos, son dos los criterios que inspiran este precepto:

«por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo».

La carga que se arroja sobre el demandante en el primer proceso proyecta sus efectos sobre el eventual proceso que le siga a aquel. El actor no podrá pretender lo mismo frente al mismo demandado en un proceso ulterior fundando su pretensión en una causa que no adujo cuando pudo aducirla en el anterior. Pero podrá pretender otra cosa, aunque la causa sea la misma en que se basó la pretensión del primer proceso. El art. 400 se expresa en estos términos:

«Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ellas cuantos resulten conocidos [hecho o fundamentos] o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación [la de los hechos o fundamentos] para un proceso ulterior».

Lo que el juez remitente de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia Duarte le hizo decir fue esto otro:

«Cuando los hechos o fundamentos jurídicos en que se funde lo que se pide en la demanda pudieran fundar otra u otras pretensiones distintas, habrá el actor de

<sup>57</sup> Lo que la parte diga teniendo la posibilidad de decir solo será relevante si lo hace con arreglo a lo que prevea la ley; de otro modo, será como si no lo hubiera dicho, como si en la ocasión de que dispone para hacerlo, hubiera guardado silencio. Así ocurre, por ejemplo, cuando la parte pretende actuar sin integrar su capacidad de postulación o a través de quien no es su representante.



formular todas ellas, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior».

75. La jurisprudencia venía entendiéndolo de un modo adecuado. Reiteradamente el Tribunal Supremo había delimitado el alcance y los requisitos de aplicación del art. 400 LEC, como se aprecia, entre otras, en las SSTs 189/2011, de 30 de marzo, 812/2012, 786/2013, de 5 de diciembre. Con cita expresa de esta última, la STS 671/2014, de 19 de noviembre, señala:

«**tal precepto ha de interpretarse en el sentido de que no pueden ejercitarse acciones posteriores basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser alegados en la primera demanda.**

»**Pero lo que no supone tal precepto es que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado».**

Y, así, concluye:

«**La preclusión alcanza solamente a las causas de pedir deducibles pero no deducidas, no a las pretensiones deducibles pero no deducidas».**

La STS 189/2011, de 30 de marzo, señaló los requisitos a los que se condiciona la aplicación de las consecuencias jurídicas establecidas en el art. 400 LEC:

- a) debe haber dos demandas;
- b) las causas de pedir alegadas en ellas deben ser diferentes, lo que puede obedecer tanto a que lo sean sus elementos fácticos («diferentes hechos»), como normativos («distintos fundamentos o títulos jurídicos»);
- c) la causa de pedir de la segunda demanda pudo alegarse en la primera (porque los hechos o los títulos jurídicos eran conocidos y podían invocarse);
- d) se pide lo mismo en las dos demandas.

## **2.2. La preclusión más allá de la ley**

76. Paulatinamente, las categóricas aseveraciones antes reproducidas y los requisitos que se acaban de enumerar fueron matizándose, de modo que vino a entenderse que la preclusión —y, con ella, la cosa juzgada— se extendía también a lo que se pudo pedir en el primer proceso si en él se pudo satisfacer por completo el interés del demandante que quiere hacer valer en un segundo pleito.

77. Podemos identificar, a este respecto, dos tipos de situaciones en las que entran en juego diferentes elementos a considerar:

a) En la primera podemos agrupar aquellos casos de reclamaciones dinerarias basadas en un mismo título que el actor formula y pretende en procesos distintos. Estas reclamaciones lo pueden ser en concepto de principal (vg. las cantidades correspondientes a diferentes períodos de tiempo) o en concepto de principal e intereses que no se pidieron o de una indemnización de daños y perjuicios inicialmente no solicitada. Actuar de este modo puede obedecer a limitar —en razón del monto reclamado o del cauce procesal seguido— los efectos económicos desfavorables de una resolución adversa, de modo que solo se reclamará la cantidad total o mayor en el caso de obtener un pronunciamiento favorable y precisamente sobre la base de este,

puesto que invita a alimentar una expectativa de éxito. El Tribunal Supremo, invocando una doctrina anterior a la LEC de 2000, rechaza este proceder porque mantiene en el tiempo la incertidumbre litigiosa y quiebra las garantías del demandado (como muestra, STS 164/2011 de 21 marzo).

Que esta interpretación se acomoda al tenor literal de la ley es, sin duda y cuando menos, discutible. Cabría entender que, en estos casos, no procede trocear el *quantum* cuando el *an*, aunque integrado por partidas distintas (cuotas, intereses, daños y perjuicios), ha de ser considerado de forma unitaria. Así entendidas las cosas, el actor ha de saber que silenciar algunas de esas partidas o reservar su reclamación para un segundo proceso deja de ser una opción para configurarse como una carga en el sentido de que su inobservancia le impedirá obtener el provecho que un ejercicio tempestivo y completo de su pretensión le depararía o, dicho en sentido negativo, habrá de soportar los perjuicios de su silencio, esto es, la pérdida de su oportunidad.

b) Pero el Tribunal Supremo ha extendido este planteamiento —a mi parecer, indebidamente— a aquellos supuestos en que el primer pronunciamiento es prejudicial respecto del segundo: la primera demanda se dirige a obtener una declaración de responsabilidad y la segunda, a la condena al pago en concepto de restitución, resarcimiento o indemnización. Entiende que, como en aquellos que acabamos de ver, el goteo de pretensiones constituye una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que pudieron solventarse en uno solo (STS 331/2022, de 27 de abril). Esta es la regla general que la propia Sala admite que se pueda excepcionar

«cuando concurren circunstancias especiales que, por generar una incertidumbre sobre la responsabilidad del demandado, justifiquen un interés legítimo en obtener un previo pronunciamiento declarativo de un primer pronunciamiento».

Y así se reitera en resoluciones posteriores que conducen en unos casos a entender justificado que se eluda la prohibición y en otros, a su rechazo (STS 480/2022, de 14 de junio, que aborda la misma cuestión que la 331/2022; y, en sentido contrario, la STS 772/2022, de 10 de noviembre).

78. En el asunto que decide la STS 331/2022, de 27 de abril, se someten a examen dos pretensiones; la ejercitada en el primer proceso lo fue por veinticuatro cooperativistas contra un banco<sup>58</sup> solicitando que se declarase la responsabilidad legal del art. 1.2<sup>a</sup> de la Ley 57/1968 por haber aceptado ingresos a cuenta del precio de las viviendas —cuya promoción no llegó a buen fin— sin asegurarse de que se ingresaran en una cuenta especial debidamente garantizada; declarada la obligación del banco de responder frente a los actores del importe de las aportaciones realizadas en la cuenta corriente abierta en el banco demandado, uno de ellos (esta es la segunda pretensión que da lugar al segundo proceso) interpuso demanda contra el banco pidiendo que se le condenara a restituir las cantidades anticipadas a cuenta del precio de su vivienda más sus intereses. El Tribunal Supremo, en este caso, concluye que cabe excepcionar la regla antes enunciada porque los veinticuatro demandantes del primer litigio (entre los que se encontraba el demandante del segundo) tenían un interés legítimo en obtener un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad del banco: la cooperativa promotora de la construcción de las viviendas había sido declarada en concurso, lo que generaba una incertidumbre acerca de los créditos frente a la cooperativa; a esto

---

<sup>58</sup> La demanda se dirigió frente a dos bancos, pero en el acto del juicio desistieron de la ejercitada frente a uno de ellos.



se unía que no se había llevado a cabo la constitución de las garantías de los anticipos previstos en la Ley 57/1968. La sentencia casa la de segunda instancia que había desestimado la demanda argumentando que el actor del segundo proceso pudo haber deducido su pretensión de reclamación de cantidad en el primero, puesto que las cantidades anticipadas objeto de reclamación en el segundo pleito ya se habían abonado cuando se formuló la acción declarativa. El Tribunal Supremo señala que la sentencia firme del primer litigio produce en el segundo el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada.

79. Pero, en otras ocasiones, lo que debería acotarse al efectivo positivo o prejudicial de la cosa juzgada se transforma en el efecto negativo o excluyente. En el asunto decidido por la STS 772/2022, de 10 de noviembre, una compañía mercantil demandó a un banco con el que había suscrito cuatro contratos de permuta financiera (*swap*). En la demanda ejercitó una acción declarativa de incumplimiento contractual de la obligación de informar y asesorar sobre los riesgos derivados de la celebración de los mencionados contratos, que había causado daños y perjuicios en el patrimonio de la actora. La demanda se estimó. Posteriormente, la compañía mercantil presentó una segunda demanda en la que solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. La sentencia de segunda instancia redujo la indemnización; pero, respecto de la excepción de cosa juzgada, consideró que, si bien entre ambos procedimientos había existido identidad subjetiva y causal, no había identidad de pretensiones. La Sala Primera la casa. Reitera la regla acuñada por su propia jurisprudencia conforme a la que no es admisible promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo; y rechaza que en este caso pueda activarse la excepción fundada en la concurrencia de circunstancias especiales que, por generar una incertidumbre sobre la responsabilidad del demandado, justificaran un interés legítimo en obtener un previo pronunciamiento declarativo en un primer proceso. La Sala niega que exista tal justificación:

«en la fecha en que se interpuso la primera demanda existía ya una consolidada jurisprudencia sobre los contratos de swap que dotaba a las partes y a los tribunales de instrumentos interpretativos suficientes para no hacer necesaria la interposición de una primera demanda meramente declarativa para duplicar posteriormente la reclamación con una redundante reclamación indemnizatoria que debía haberse sustanciado perfectamente en la primera demanda».

80. El Tribunal Supremo une a la lectura conjunta de los arts. 400 y 222 LEC la del art. 219 LEC. Como es sabido, este último veda que puedan prosperar las demandas en que se ejerciten acciones meramente declarativas del derecho a percibir una cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase o en las que se ejercite acciones de condena por tales conceptos con reserva de liquidación en ejecución de sentencia. El actor tiene la carga de cuantificar el importe o fijar las bases precisas para su liquidación. Esta regla encuentra su excepción en el apartado tercero de ese mismo precepto: el actor puede pedir y obtener una tutela como las antes señaladas y dejar para un pleito posterior la liquidación o cuantificación<sup>59</sup>. De ese precepto

<sup>59</sup> El tenor literal del precepto no es un modelo de claridad y así se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia, calificándola de confusa (RIBELLES ARELLANO, 2000: 849), contradictoria (TAPIA FERNÁNDEZ, 2000: 124), rebuscada (DE LA OLIVA SANTOS, 2001: 389), y oscura (STS 993/2011, de 16 de enero). El primero de los autores citados señalaba la inconsistencia de calificar como acción meramente declarativa a la petición genérica con reserva de liquidación, cuando esta también es una

extrae la Sala la prohibición, aplicable a supuestos como los que nos ocupan —solicitud de declaración de nulidad o de incumplimiento contractual en un primer proceso y petición de condena a la devolución de lo indebidamente abonado o la indemnización correspondiente en un segundo pleito—, de diferir a un segundo procedimiento la reclamación de unas cantidades tras la interposición de un primer proceso de carácter meramente declarativo. La invocación del art. 219 LEC es desacertada e impropia<sup>60</sup>; lo es con carácter general y lo es, también, en el caso concreto que decide la citada STS 772/2022 cuando se refiere a que el demandante manifestó que se reservaba la acción de condena para un segundo procedimiento. El art. 219 LEC pone en relación dos acciones: una —que, como regla, se prohíbe—, que se limitaría a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibir una cantidad de dinero no determinada —es decir, sin cuantificar su importe— y diferir su liquidación a la ejecución de la sentencia; y otra —que parte de que aquella se haya admitido con carácter excepcional en lo que a la indeterminación respecta—, que se limita a cuantificar en un posterior proceso declarativo el importe de la responsabilidad declarada en el primero. No es esto lo que acontece en los casos que nos ocupan ni lo que se suscitó en el supuesto que resolvió la sentencia. En el primer proceso no se reclama pago alguno ni la declaración del derecho a percibirlo: se solicita la declaración de nulidad de una cláusula o de un incumplimiento contractual. Esto no es subsumible en el supuesto de hecho que recoge el art. 219 ni es aplicable, por tanto, la consecuencia que se anuda a él. Que el actor manifieste que se reserva el ejercicio de la acción de condena dineraria no equivale en modo alguno a una petición de condena —la pretensión de nulidad de declaración de incumplimiento no es tal— con reserva de liquidación en la ejecución. Lo que expresa con ello el demandante es que no acumula las dos acciones, algo que depende de su exclusiva voluntad; más aún, el ejercicio de la no acumulada se realizará, en su caso, en otro proceso declarativo en el que se pedirá una condena que no se solicitó en el primero y que puede no llegar a producirse (como consecuencia, por ejemplo, de una transacción, de la satisfacción extraprocésal o del hecho de agotarse la tutela en la declaración de nulidad si, como puede suceder, los efectos de la cláusula declarada nula no llegaron a producirse o a actuarse).

Si bien se mira, lo que el art. 219 LEC niega es la acción: no cabe solicitar ni conceder una tutela como la descrita en ese precepto. En los casos que estamos examinando, por el contrario, no hay limitación ni exclusión de la accionabilidad. Solicitada la declaración de responsabilidad por incumplimiento contractual o la declaración de nulidad de una cláusula, si concurren los presupuestos procesales, se examinará (se enjuiciará) y si concurren los presupuestos materiales, se estimará.

81. La doctrina recogida en la STS 772/2022 incurre, además, a mi parecer, en otras inconsistencias.

a) Considera, por un lado, que la reclamación indemnizatoria que sigue a la demanda en que se pidió que se declarase el incumplimiento contractual de la demanda-

---

acción declarativa de condena, aun cuando lo sea al pago de una cantidad ilíquida; una acción que, al limitarse a la mera declaración y dejar para un proceso posterior la liquidación, contradice la prohibición de la propia norma. Incide en esta contradicción la profesora TAPIA: «me parece absurdo forzar una sentencia de condena (en lugar de declarativa), que no va a llevar aparejada ejecución, puesto que no hay nada que ejecutar si queda prohibido la liquidación de los frutos, rentas... en esa fase del proceso».

<sup>60</sup> A este respecto, PICÓ I JUNOY (2023: 525).

da constituye una duplicidad y califica la reclamación indemnizatoria de redundante. Si por duplicar entendemos, según su común acepción, repetir algo o hacerlo doble, difícilmente concluiremos que solicitar una indemnización es pedir que se repita una declaración de responsabilidad previamente realizada. Y si no hay repetición, no hay redundancia: la segunda reclamación no sobra, que es lo propio de una actuación redundante puesto que no vuelve a decir algo que se hubiera dicho antes (en el primer proceso) o que se tuviera por dicho (solo puede tenerse por tal el fundamento no alegado que pudo alegarse, no lo que no se pidió).

b) La propia sentencia reconoce que

«la declaración de responsabilidad contractual es el presupuesto lógico necesario para la pretensión indemnizatoria»,

lo que es tanto como afirmar su carácter prejudicial y, por tanto, no excluyente (puesto que este exigiría la identidad). Partiendo de esa eficacia positiva sustentada en la conexidad entre los dos objetos procesales, no cabe excluir el segundo proceso: este se dirige a enjuiciar algo distinto de lo juzgado en el primero al que toma como un *prius* jurídico-material que resulta determinante del pronunciamiento que se dicte. No se acomoda a este planteamiento nacido de la propia ley (art. 222.4 LEC) la afirmación de la sentencia de que

«tales pretensiones debían ir unidas para no fraccionar el resultado de la reclamación».

La reclamación no es única ni, consiguientemente, se fracciona; el propio inciso que acabo de reproducir se refiere a las pretensiones, en plural, puesto que son dos como antes ya ha expresado: la declaración de responsabilidad contractual y la pretensión indemnizatoria. La reducción de las dos pretensiones a la unidad carece de apoyo legal; la vinculación del tribunal que conoce del proceso posterior a lo resuelto en el anterior cuando este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto es el efecto que dispone la ley y expresado con estos términos. Transformar esa vinculación en una necesaria acumulación que, de no llevarse a cabo, conduciría a que no prosperase la segunda de las pretensiones formuladas en un segundo proceso contraviene la norma legal.

82. La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el silencio guardado por el actor torpedea la norma establecida en el art. 400 LEC:

—impone una carga al demandante que el citado precepto no prescribe al extender a algunos *petita* las consecuencias que esa norma ciñe a las *causae petendi*; no solo habrá de ponderar si lo que pide puede basarse en distintos fundamentos fácticos o jurídicos, sino también si puede pedir algo más y quiere pedirlo, porque, de no hacerlo, no le podrá ser concedido en virtud de la congruencia ni lo podrá interesar en una nueva demanda porque se entenderá que ya ha quedado juzgado;

—la carga resulta especialmente onerosa al quedar sometida la apreciación judicial de su inobservancia a unos márgenes discrecionales de contornos difusos (la concurrencia de circunstancias especiales, que estas generen incertidumbre sobre la responsabilidad del demandado, que exista un interés legítimo justificado en obtener un previo pronunciamiento declarativo en un primer procedimiento):

—el efecto prejudicial de la cosa juzgada se transforma en el efecto excluyente de modo que lo que debería ser antecedente lógico de un posterior pronunciamiento se convierte en una suerte de objeto virtual omnicomprendivo de cuantas pretensiones

puedan entenderse ligadas a aquel precisamente por esa relación de conexidad condicionante de la razón de estas últimas;

—la citada transformación de la función positiva en función negativa provoca otras consecuencias en el tratamiento procesal de diversas instituciones procesales: el juez del proceso en que se ejercite la pretensión resarcitoria habría de dictar un auto de sobreseimiento y no una sentencia absolutoria en el fondo (es más, invocada por el actor la sentencia del primer proceso, se darían los elementos necesarios para que tal resolución se dictara de oficio); ejercitada la pretensión resarcitoria sin haberse resuelto la demanda de declaración de responsabilidad o de nulidad en un proceso anterior, no cabría la acumulación de procesos que el art. 76.1 LEC estima procedente en razón de los efectos prejudiciales que la sentencia de uno puede producir en el otro, sino que habría que poner fin al segundo de ellos por litispendencia<sup>61</sup>; y si el proceso en que se ejercita la acción resarcitoria precediera a aquel otro en que se pretende la declaración de responsabilidad o de nulidad, cabría cuestionarse la procedencia de acordar la suspensión en virtud de lo establecido en el art. 43 LEC cuya rúbrica es la de «prejudicialidad civil», una cuestión que, cualquiera que sea la respuesta que se dé a ella, conduce necesariamente a la paradoja<sup>62</sup>.

### 2.3. Aunque no lo haya dicho (pero hasta cierto punto)

#### A) *El punto de partida*

83. Este rigor exacerbado —y desmesurado— que la Sala Primera ha proyectado sobre los aspectos silenciados por el actor al formular sus pretensiones contrasta con el régimen que ha ido abriéndose paso en la litigación de consumo. Este régimen se advierte con mayor nitidez si atendemos a la posición del demandado, aunque no deja de operar cuando el consumidor es quien demanda<sup>63</sup>. Por regla general, también para este rige la sanción de la preclusión respecto de las defensas silenciadas, esto es, las que pudo hacer valer y no hizo. Pero en materia de consumo, y con base en el principio de efectividad, la doctrina del TJUE ha excepcionado la regla abriendo un trazado que ha ido ensanchándose y que pugna por ampliar su ámbito de aplicación. Así se advierte en el proceso de declaración, en el proceso monitorio y en los proce-

---

<sup>61</sup> Como señala GASCÓN INCHAUSTI (2019: 127): «del mismo modo en que se suele decir que la litispendencia es una institución protectora o tutelar de la cosa juzgada —en su función negativa—, la acumulación de procesos es una institución tutelar de la prejudicialidad —es decir, de la cosa juzgada en su eficacia positiva—».

<sup>62</sup> Si la respuesta es afirmativa, será debido a que se entiende que hay prejudicialidad, es decir, conexión entre los dos procesos y no identidad; y, en tal caso, no habría de negarse como remedio la acumulación si ambos procesos se están sustanciando en la primera instancia, hay homogeneidad procedimental y ninguna norma de competencia lo impide. Si la respuesta es negativa cabría entender que se debe a que el objeto del segundo proceso está comprendido en el primero, aunque no se haya planteado como objeto principal, lo que conduciría a inaplicar el art. 43 LEC precisamente en un supuesto para el que está pensado recurriendo a la ficción de que los objetos de los dos procesos no son distintos.

<sup>63</sup> STJUE de 30-5-2013 (C-397/11, *Jóros*). Con claridad, el apartado 91 de la STJUE de 28-9-2018 (C-51/17, *OTP Bank*), se expresa en los siguientes términos que traslada al fallo: «corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello».

sos de ejecución fundada en títulos no judiciales (también la ejecución hipotecaria). Son numerosos los pronunciamientos que han ido estableciendo, primero, y reiterando, después, el deber del juez nacional —configurado en un principio como una facultad<sup>64</sup>— de analizar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores tan pronto como cuente con los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello y de practicar prueba de oficio. El control de oficio se fundamenta en la naturaleza de normas de orden público de aquellas (arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13) que imponen la no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas. Esta doctrina obliga a realizar las actuaciones de un determinado modo y ha provocado reformas legales una vez recibido el reproche del tribunal europeo.

84. El silencio que suple el juez que conoce del proceso debe dar paso a que las partes se pronuncien sobre aquello que hasta ese momento no se había planteado; así lo exigen los principios de audiencia y contradicción:

a) Si de un juicio ordinario se trata, habrá el juez, en la audiencia previa, de abrir un plazo para que actor y demandado aleguen lo que tengan por conveniente respecto de la cuestión introducida por él; también tendrá que abrir un trámite similar tratándose en el juicio verbal, al comienzo de la vista o, si esta no hubiera de tener lugar, comunicándose por escrito.

b) Incluso en fase de recurso, procede que el tribunal *ad quem*, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, aprecie de oficio o recalifique el fundamento jurídico hecho valer por consumidor en la instancia y declare la nulidad de una cláusula contractual, aun cuando el litigante no la hubiera invocado<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Partiendo de que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas», la STJUE 27-6-2000 (C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, *Océano Grupo Editorial*), concluía que «sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula» (la cursiva es mía). La STJUE 26-10-2006 (C-168/05, *Mostaza Claro*) evidencia la evolución de la doctrina del tribunal que da paso a la configuración del control judicial de oficio como un deber: «la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional *deba* apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional» (la cursiva es mía).

<sup>65</sup> STJUE de 30-5-2013 (C-397/11, *Jóros*). El fundamento de esta atribución al tribunal de la apelación lo expresa en el apartado 30: «cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva». En directa relación con nuestro ordenamiento, la STJUE de 17-5-2022 (C-869/19, *Unicaja Banco*) resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Sala Primera del TS en los siguientes términos: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor?». Conviene recordar que el consumidor no había solicitado la restitución íntegra de las cantidades abonadas porque regía en ese momento la doctrina del TS que la limitaba temporalmente y fue, estando pendiente la apelación,

c) En el proceso monitorio, el apartado cuarto del art. 815 LEC disponía —en la redacción que le dio la Ley 42/2015, de 5 de octubre<sup>66</sup>— que el juez, antes de que se practique el requerimiento, había de dar audiencia a las partes y solo oídas estas, resolvería sobre la continuación del procedimiento y, en su caso, sobre la cuantía por la que se le requiera de pago. Las cosas han cambiado tras el Real Decreto-ley 6/2023. Conforme a lo establecido en el modificado art. 815.3 LEC, el juez resuelve de plano sobre el carácter abusivo de las cláusulas determinantes de la petición o de la cuantía, y lo hace en el trámite de admisión y sin dar audiencia a las partes. Mediante un auto, del que da traslado al acreedor, formula la propuesta de requerimiento de pago por el importe corregido a la vista de la documentación aportada o el que resulte de excluir de la cantidad reclamada la cuantía derivada de la aplicación de la cláusula. Al acreedor solo le cabe aceptarla o rechazarla. En este caso, el juez no solo no sufre silencio alguno (aún no ha habido ocasión de decir), sino que lo impone, manifiesta su criterio sin dar opción a un debate contradictorio: si, por un lado, no procede que en este trámite el acreedor dé razones de su disconformidad, por otro, el deudor no tiene siquiera un cauce habilitado a través del cual alegar lo que estime oportuno —incluso su voluntad de que no excluya la aplicación de la cláusula—, puesto que hasta ese momento las actuaciones se entienden solo con el solicitante. Aquí radica, a mi parecer, el motivo de censura de la nueva norma: el TJUE ha reiterado que, en los casos en que actúa su control de oficio, debe ofrecer a las partes la posibilidad de formular alegaciones habilitándose para ello el correspondiente trámite o incidente contradictorio<sup>67</sup>. El reformado art. 815.3 LEC priva de ello a ambas partes. Repárese, además, en otra circunstancia: llevado a cabo el control de oficio por el juez, este dicta un auto que se notifica al peticionario y solo a él, puesto que es la única parte personada, cuyo contenido es recoger la propuesta del importe rebajado por el que procede requerir de pago, con expresión de la razón que conduce a ese nuevo cálculo (vg. qué cláusula se inaplica porque pudiera ser calificada como abusiva). Pero, al efectuar el requerimiento, la lógica impone que en él se deje constancia de lo acordado, es decir, que exprese qué cláusulas, por su posible carácter abusivo, han determinado la corrección a la baja de la cantidad cuyo pago se requiere al deudor. No parece, sin embargo, que

---

cuando el TJUE dictó la sentencia Gutiérrez Naranjo que obligaba a corregir la doctrina jurisprudencial. La Audiencia no ordenó la plena restitución del consumidor y este recurrió en casación alegando que debió hacerlo pronunciándose a tal efecto de oficio. Como ha señalado la profesora AGUILERA MORALES (2023: 117), la STJUE no eleva a generalidad la incompatibilidad de la Directiva 93/13 con los citados principios procesales: «la incompatibilidad se circunscribió al caso de que el consumidor no hubiera tenido la oportunidad de invocar eficazmente sus derechos en sede de recurso por razones distintas de su total pasividad».

<sup>66</sup> Como el propio preámbulo de la ley reconocía, fue la STJUE de 14-6-2012 (C-618/10, *Banco Español de Crédito*) la que motivó la reforma —que se hizo esperar, si la comparamos con la llevada a cabo en la ejecución— que introdujo este novedoso trámite que permitía el control de oficio del juez de la abusividad de las cláusulas antes de requerir de pago al deudor.

<sup>67</sup> Por el contrario, para GÓMEZ AMIGO (2024: 4 y 5), la norma no merece reproche alguno, antes al contrario: mejora el trámite de control de oficio, evita contravenir la técnica monitoria y agiliza el procedimiento. En su opinión, lo que lleva a cabo el juez es un control de admisibilidad (de la exigibilidad de la norma por no incorporar cláusulas contractuales que puedan ser abusivas) y deja extramuros del monitorio la decisión definitiva sobre la abusividad. A mi parecer, sin embargo, cercenar el contradictorio choca con la doctrina del TJUE a este respecto: el control judicial debe llevarse a cabo y hacerse con contradicción, con independencia de que el legislador disponga que este se realice antes del requerimiento o una vez efectuado este.



la resolución ni la comunicación hayan de dar cuenta de la apreciación negativa de abusividad de otras cláusulas, lo que puede resultar problemático<sup>68</sup>, como luego veremos, y justificar un nuevo (si no primero) control de oficio en el proceso de ejecución o en el declarativo que se siga si el deudor ha presentado escrito de oposición en el plazo que se le concedió al ser requerido de pago.

d) En el proceso de ejecución, cuando esta se funde en títulos no judiciales ni arbitrales, la Ley 8/2013, de 28 de junio<sup>69</sup>, modificó el art. 552.1 LEC para imponer al juez el examen de oficio en el caso de alguna de las cláusulas contenidas en el título pueda ser calificada como abusiva. De apreciarlo así, oirá a las partes —el plazo es de quince días— y acordará lo que proceda.

84. Aplicando estrictamente las reglas de la preclusión, el silencio del consumidor —no invocar el carácter abusivo de una cláusula— conduciría a que quedase vinculado por ella, lo que sería contrario a los objetivos de los art. 6 y 7 de la Directiva 93/13. El riesgo de que ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos se conjura atribuyendo al juez el control de oficio de modo que pone voz y da ocasión a ponerla sobre algo hasta entonces omitido. El fundamento de este régimen —la situación de desequilibrio— invita o, cuando menos, abre las expectativas a que lo así dispuesto se extienda a otras situaciones caracterizadas por la vulnerabilidad de alguno de los contendientes.

### *B) Los límites*

85. Pero la voz con la que el tribunal suple la palabra hasta entonces callada del consumidor tiene sus límites. Hay un marco objetivo que no puede traspasar. Las cláusulas examinadas han de ser aquellas que constituyan el fundamento de la pretensión o determinen su alcance o las que puedan fundar la defensa frente a lo pretendido. El contrato no es un terreno por el que se adentre el juez a ver lo que encuentra. Del mismo modo, tampoco su iniciativa probatoria puede exceder esos márgenes buscando o acudiendo a fuentes de prueba que no consten en las actuaciones. Al respecto, resulta especialmente ilustrativa la STJUE de 11-3-2020 (C-511/17, *Lintner*). La demanda presentada por la consumidora tenía únicamente por objeto que se declarara el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que atribuían al banco demandado la facultad de modificar unilateralmente el contrato de préstamo. El tribunal remitente preguntó si estaba obligado a ampliar de oficio el litigio pendiente ante él, como le imponía el auto dictado por el tribunal de apelación, a la apreciación del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas del contrato relativas a la certificación notarial de los hechos, a las causas de resolución del contrato y a determinados gastos a cargo de la demandante, aunque esta no hubiera impugnado tales cláusulas en su demanda. La sentencia ofrece las claves de su conclusión en los apartados 27 a 33 que me permito exponer de forma extractada:

<sup>68</sup> Así lo advierte también CEDEÑO HERNÁN (2024A: 361).

<sup>69</sup> En este caso, fue el reproche recibido por la STJUE de 14-3-2013 (C-415/11, *Aziz*) el que impulsó la reforma, no solo introduciendo el control de oficio en el art. 552 LEC, sino incorporando una nueva causa de oposición —el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título, tanto en el art. 557 como en el art. 695 LEC—. Dio también nueva redacción al art. 129 LH que ordena al notario suspender la venta extrajudicial de bienes hipotecados cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez que sea competente el carácter abusivo de las cláusulas del préstamo hipotecario.

—«el examen de oficio debe respetar los límites objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal y como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas»;

—el juez no debe ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas, lo que comporta que no debe analizar de manera individual, con el fin de verificar su eventual carácter abusivo, todas las demás cláusulas del contrato;

—si así lo hiciera, podrían resultar vulnerados el principio dispositivo y la congruencia (*ne ultra petita*).

Lo dicho se proyecta, a su vez, sobre la facultad del tribunal de acordar de oficio diligencias de prueba. Esta iniciativa probatoria se limita a aquellos casos en que «los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional suscitan serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que no fueron mencionadas por el consumidor, pero que *guardan relación con el objeto del litigio*» (apartado 37; la cursiva es mía). Si las cláusulas no impugnadas no están vinculadas al objeto del litigio principal, acordar pruebas de oficio sobre ellas resultará improcedente.

86. Desde un punto de vista subjetivo, también hay factores que delimitan el alcance de la voz del tribunal ante el silencio de la parte que, conviene recordar, obedece al propósito de corregir el desequilibrio entre el consumidor y el profesional, de reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real y situar a los litigantes en un plano de igualdad<sup>70</sup>. Si el consumidor, una vez informado por el juez del posible carácter abusivo de las cláusulas, expresa su voluntad de no invocarlo, el tribunal no excluirá la aplicación de las correspondientes cláusulas<sup>71</sup>; el silencio del consumidor ha quedado colmado con el examen de oficio que evita las consecuencias perjudiciales de su silencio por entender que este podría estar anudado a la ignorancia o a la evitación de un coste difícil de soportar; pero, verificado que ese silencio es querido y consciente<sup>72</sup>, debe respetarse y ser congruente con él.

87. Ligado a lo anterior, es de observar que también el grado de pasividad del consumidor en hacer valer sus derechos puede incidir en que se actúe el control de

<sup>70</sup> Véanse, entre otras, SSTJUE de 9-11-2010, (C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*), 21-2-2013, (C-472/11, *Banif Plus Bank*), 26-1-2017 (C-421/14, *Banco Primus*), 17-5-2018 (C-147/16, *Karel de Grote*).

<sup>71</sup> Así se pronunció una temprana resolución: STJUE de 4-6-2009 (C-243/08, *Pannon GSM*): «el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, *salvo si el consumidor se opone*» (la cursiva es mía). Como señala AGUILERA MORALES (2023: 125), la renuncia consciente e informada del consumidor «no excluye el consabido deber de control, sino la consecuente obligación de extraer de él las consecuencias que procedan, caso de apreciar la abusividad de la cláusula». Y la autora lo fundamenta así (2023: 127, nota 43): «es el interés público en dispensar a los consumidores una protección eficaz lo que justifica que la renuncia no consciente e informada quede desprovista de eficacia, y lo que justifica asimismo la activación del control judicial *ex officio* allí donde la inacción del consumidor tiene por razón de ser eludir “un riesgo no desdeñable”».

<sup>72</sup> Es decir, que otorga su consentimiento libre e informado [STJUE de 21-2-2013 (C472/11, *Banif Plus Bank*)]. Por ello, como señala STJUE de 9-7-2020 (C-452/18, *Ibercaja*), una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor puede ser objeto de un contrato de novación «mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional».



oficio por el tribunal supliendo su silencio. Si esa pasividad obedece, como apuntaba antes, al desconocimiento o al propósito de evitar riesgos —por ejemplo, el encarecimiento de su defensa— se entiende que es una pasividad justificada y, consiguientemente, procede la actuación de oficio del tribunal. En cambio, esta queda descartada cuando la pasividad del consumidor es total. Como expresó la STJUE de 10-9-2014 (C-34/13, *Kušionová*),

«el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor».

La STS 579/2022, de 26 de julio, es ilustrativa a ese respecto; aplica la contestación a la cuestión planteada por el propio Tribunal Supremo recogida en la citada STJUE de 17-5-2022 (C-869/19, *Unicaja Banco*). En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, la prestataria había pedido, con carácter principal, la restitución íntegra de las cantidades abonadas por la aplicación de una cláusula suelo cuya declaración de nulidad también se solicitaba; en aplicación de la doctrina jurisprudencial entonces vigente se condenó a la entidad demandada a restituir las cantidades cobradas solo desde una determinada fecha (el 9 de mayo de 2013) —que la actora había solicitado con carácter subsidiario— y así lo confirmó la Audiencia Provincial, aun cuando en el ínterin —después del plazo para interponer el recurso y antes de dictar sentencia— el TJUE (sentencia Gutiérrez Naranjo) ya había declarado que esa doctrina se oponía al Derecho de la Unión. En casación, se estimó la pretensión principal de la demanda con fundamento en la respuesta dada por el TJUE a la cuestión planteada: la pasividad de la consumidora no fue total, estaba justificada, puesto que, en la apelación, había precluido para ella la posibilidad de hacer valer su reclamación. Por ello, sostiene Damián Moreno, que lo que hizo el Tribunal Supremo fue recurrir a una ficción: es como si el consumidor hubiera recurrido. Y concluye: «habría que entender que, en este tipo de procesos, el tribunal que conoce del recurso de apelación se encuentra respecto de la demanda, en las mismas condiciones que el juez que conoció el asunto en primera instancia, sin limitación alguna»<sup>73</sup>.

### C) Más allá del momento oportuno o del proceso seguido

88. El silencio de las partes conduce, como regla, a la preclusión. Tratándose de la tutela de los consumidores, tal efecto se atenúa y se excepciona para dar paso al control de oficio del tribunal. El juez llena el silencio del consumidor y abre el contradictorio sobre aquellos extremos que su actuación pone de manifiesto. Pero de inmediato hay que preguntarse sobre las consecuencias del silencio del tribunal, es decir, cuando ese control no se actúa o solo se actúa en apariencia, defectuosamente.

89. El momento adecuado y conveniente para llevar a cabo el control de oficio es *a limine* o, si se prefiere, tan pronto como sea posible (en el trámite de admisión de la demanda, en la audiencia previa, antes de acordar el despacho de la ejecución, antes de requerir de pago...). Que el juez deje constancia en la resolución correspondiente de que ha llevado a cabo ese control cobra especial interés en el caso de que no aprecie la concurrencia de cláusulas abusivas<sup>74</sup>. La importancia se manifiesta, sobre

<sup>73</sup> Cfr. DAMIÁN MORENO (2022: 5).

<sup>74</sup> Si aprecia que alguna cláusula puede calificarse como abusiva, tal apreciación comportará que deba dar audiencia a las partes y, oídas estas, pronunciarse al respecto, salvo lo que prescribe el modificado art. 815.3 LEC según ha quedado expuesto.

todo, por la eficacia de cosa juzgada de esa resolución. No me refiero solo a la cosa juzgada material que impide que vuelva a plantearse y decidirse un proceso ulterior sobre lo ya decidido —teniendo en cuenta que para apreciar la identidad de la *causa petendi* se estará a los fundamentos alegados y los que, aunque no lo fueron, pudieron alegarse— como impide también que se produzcan resoluciones contradictorias cuando la identidad de lo que se ha de resolver en un proceso es solo parcial respecto de lo resuelto en otro anterior que se proyecta sobre aquel como antecedente lógico. Me parece que cobra una destacada relevancia la cosa juzgada formal, no tanto por la nota de inimpugnabilidad que le es característica, sino, sobre todo, porque comporta que en el propio proceso se ha de partir de lo decidido o acordado en la resolución: no podrá sustituirse por otra y el tribunal tendrá que atenerse a lo resuelto, es decir, partir de ello en las actuaciones que se sucedan en esa instancia o fase del proceso<sup>75</sup>.

90. Los interrogantes a este respecto, entrelazados por una idea común, se suceden. La idea común reside en que el control de oficio no se haya llevado a cabo, no se haya hecho explícito o no se haya fundamentado debidamente. Los interrogantes pueden formularse así:

—¿puede (o debe) el juez de la ejecución pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula tras haber dictado el auto despachando ejecución en el que no hay mención a la existencia de cláusulas abusivas o en el que sencillamente se afirma que, efectuado el control, el resultado es negativo?

—¿puede el juez en el ordinario o verbal que sigue al monitorio apreciar el carácter abusivo de una cláusula cuando no lo hizo antes de que el deudor fuera requerido de pago?

—¿puede el juez de la ejecución de una sentencia o de la que sigue a un monitorio sin oposición llevar a cabo ese control cuando no consta que este se realizó debidamente en las actuaciones precedentes?

—¿puede el juez de la ejecución ordinaria que sigue a la hipotecaria llevar a cabo ese control cuando no consta que este se realizara debidamente en esta última?

—¿puede el juez del declarativo posterior a la ejecución llevar a cabo ese control cuando no consta que se realizara debidamente en este último?

A responder afirmativamente invita la STJUE de 17-5-2022 (C-600/19, *Ibercaja*), en la estela de la STJUE 26-1-2017 (C-421/14, *Banco Primus*). Pero una respuesta afirmativa sin matizaciones puede inducir a conclusiones, a mi parecer, desproporcionadas, sobre todo si se tiene en cuenta que no faltan voces que —tras un análisis al que no se puede reprochar precipitación ni falta de esfuerzo argumentativo— incurrir en esa desmesura, concretada en la quiebra de la cosa juzgada y de principios

<sup>75</sup> Como explica DE LA OLIVA SANTOS (2005: 99 y 100), «la cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que, sobre todo para el órgano jurisdiccional y también para las partes, produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, dentro del mismo proceso e instancia (o recurso extraordinario) en que se haya dictado dicha resolución. Un aspecto, de carácter negativo de esa vinculación se identifica con la firmeza e inimpugnabilidad y consiste en la imposibilidad de sustituir con otra la resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, sea la sustitución inmediata o ulterior, tras un número más o menos elevado de actuaciones procesales. Pero hay también un aspecto positivo de esa vinculación, que la de la efectividad u obligado respeto del tribunal a los dispuesto en la resolución con fuerza de cosa juzgada, con la consiguiente necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto y de no decidir ni proveer diversa o contrariamente a ello» (la cursiva es del autor).

procesales de carácter esencial (dispositivo, justicia rogada, congruencia, preclusión y proscripción de la *reformatio in peius*)<sup>76</sup>. Participo, por el contrario y por entenderlo mejor fundado, del parecer expresado por Aguilera Morales<sup>77</sup> (aunque con una ligera discrepancia en uno de sus puntos de partida):

—por un lado, el TJUE restringe la eficacia de la cosa juzgada formal a las cláusulas que fueron expresa y motivadamente objeto de control por el juez; si no hubo tal control o si se afirma escuetamente y sin fundamentación que este se llevó a cabo con resultado negativo, no cabe sostener la existencia de cosa juzgada; el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá pronunciarse sobre ello más adelante en la misma instancia o fase del proceso y, con mayor razón, en el recurso;

—si no hay un pronunciamiento expreso y motivado sobre todas las cláusulas potencialmente abusivas, la cosa juzgada no operará en el proceso ulterior que siga a aquel, en el que, por tanto, podrán ser examinadas *ex officio* o a instancia de parte las que no lo fueron<sup>78</sup>.

91. Nuestro Tribunal Constitucional, con apoyo en la sentencia *Banco Primus*, ya había trazado el camino para alcanzar estas conclusiones. Lo hizo en la STC 31/2019, de 28 de febrero. En un proceso de ejecución hipotecaria, la ejecutada presentó un escrito pidiendo la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato de préstamo hipotecario; lo hizo después de que se hubiera dictado el decreto de adjudicación del bien pero cuando aún no se había llevado a cabo el lanzamiento (el proceso no había concluido); entre el referido decreto y el escrito de la parte se conoció la sentencia *Banco Primus*. Frente a la desestimación de su petición, reaccionó promoviendo un incidente de nulidad de actuaciones y, ante su inadmisión, recurrió en amparo por entender que el órgano judicial debió haberse pronunciado de oficio sobre la cláusula y que, al inadmitir el incidente, se había vulnerado su derecho de acceso a la jurisdicción. Entre las razones dadas por el juez de la ejecución para inadmitir el incidente, me parece de especial interés destacar estas dos: (1) la extemporaneidad de la solicitud de la ejecutada por haber transcurrido más de veinte días —cuatro meses— desde que la demandada tuvo conocimiento del eventual defecto (art. 228 LEC) y (2) la preclusión del plazo de la recurrente para formular oposición a la ejecución por la posible presencia de cláusulas abusivas (art. 136 LEC). Adujo, asimismo, que el examen del título se había efectuado en el momento procesal previsto en el artículo 552 LEC.

El Tribunal Constitucional, invocando la doctrina del TJUE, insiste en la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual. Esa obligación ha de actuarse sin im-

<sup>76</sup> A este respecto, PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2022: *passim*). Las consecuencias de esa quiebra son, para el autor, la vulneración del proceso justo, el menoscabo de la confianza de los ciudadanos en el proceso, y la generación de situaciones en que queda comprometida la inseguridad jurídica y la imparcialidad del juez, produciéndose potencialmente situaciones de indefensión material.

<sup>77</sup> AGUILERA MORALES (2023: 143-146).

<sup>78</sup> Aquí radica mi discrepancia con la autora antes citada; nuestro punto de partida no es coincidente. Me refiero a la atribución de cosa juzgada al auto que resuelve la oposición por motivos de fondo, El mío coincide con el de la Sala Primera (hay cosa juzgada); el de la profesora AGUILERA es de sentido contrario. La reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2023 incide en esta cuestión; volveré sobre ello en el texto. Sobre el criterio jurisprudencial y las discrepancias doctrinales, véase CACHÓN CADENAS (2022).

portar el momento ni el modo en que hayan llegado a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para hacerlo. Y esa obligación decae si concurre una excepción: que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada (FJ 6). Estas consideraciones conducen, a su vez, a otras:

—el control de las cláusulas abusivas es necesario «siempre que no hubiera existido control previo apreciado por resolución con fuerza de cosa juzgada»;

—no cabe entender que se ha llevado a cabo ese examen si el auto que despacha ejecución se limita a decir que la demanda cumple los requisitos establecidos en la ley, que el título tiene aparejada fuerza ejecutiva y es formalmente regular y que el ejecutante ha acreditado su condición de acreedor en el título presentado;

—es de singular importancia qué valor ha de atribuirse al silencio sobre cada una de las cláusulas: aunque se entendiera que es consecuencia de que nada hay de objetable en ellas, es insuficiente la motivación que se limita a hacer constar que se ha efectuado el control de los requisitos de la demanda, de los documentos que la acompañan y del título; si no hay un razonamiento expreso —propio de un pronunciamiento de fondo como el que aquí se exige— es que no ha habido control y si no ha habido control, es que no hay una resolución con fuerza de cosa juzgada que vede el que, de oficio o a instancia de parte, exige el ordenamiento, aunque se produzca en un momento avanzado del proceso.

92. Si esta es la doctrina tanto del TJUE como del Tribunal Constitucional, parecería aconsejable que esa exigencia de motivación se incorporara a los preceptos legales correspondientes. El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha aprovechado la ocasión para zanjar la discrepancia doctrinal sobre el efecto de cosa juzgada del auto que, en el proceso de ejecución, se pronuncia sobre la abusividad de las cláusulas que constituyen el fundamento de la ejecución o determinan la cantidad exigible, tanto en los casos en que esa resolución se dicta tras el control de oficio como cuando decide la oposición del ejecutado (arts. 552.4 y 561.2 LEC). Si el momento se ha considerado idóneo para dar nueva redacción a estos artículos, también podría haberlo sido para incorporar la exigencia de motivación con expresión, a su vez, de las cláusulas examinadas, algo que no debería quedar limitado al proceso de ejecución. Como no ha sido así, sería bueno que lo fuera en el futuro.

93. Conviene insistir en ello teniendo en cuenta la evolución de la doctrina del TJUE. Marca un hito, a este respecto, la STJUE (Gran Sala) de 17-5-2022 (C-693/19 y C-831/19, *SPV Project y Banco di Desio*) hasta el punto de que hay quien no ha dudado en calificarla de un *leading case* por su «carácter basililar —o si se quiere ver así— fundacional [...] llamada a tener una gran repercusión en materia de preclusión, motivación implícita y cosa juzgada del control de cláusulas abusivas»<sup>79</sup>. En virtud de la doctrina del TJUE, a la que ya ha habido ocasión de hacer referencia, el juez nacional tiene el deber de verificar de oficio si el contrato que está en el origen de la reclamación contiene cláusulas abusivas, un examen que, en el caso del proceso monitorio, ha de efectuarse antes de que se requiera de pago al deudor. La sentencia *SPV*

<sup>79</sup> Cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ (2023: 179). Aunque, según afirma la autora, el análisis que efectúa la sentencia lejos de ser sorpresiva no es sino el corolario de la doctrina del TJUE de los últimos diez años en materia de control de las cláusulas abusivas en sede ejecutiva, los apartados clave en que el tribunal fija su doctrina «no contienen cita de ningún precedente jurisprudencial de los varios que podrían haber sido empleados para apoyar las categóricas declaraciones de la Gran Sala».

*Project y Banco di Desio* señala que, para que la tutela judicial del consumidor sea efectiva, el juez debe haber procedido a esa verificación *efectiva y exhaustivamente* y dar cuenta de ello *motivadamente* en la resolución que da lugar al requerimiento. En otro caso, si no lo ha hecho y el deudor no ha formulado oposición, el juez de la ejecución que inste el acreedor deberá llevar a cabo ese control de oficio, lo que conduce a que

«pueda apreciar, incluso por primera vez, el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales sobre las que se fundamenta el requerimiento de pago expedido por un juez a instancia de un acreedor y contra el cual el deudor no ha formulado oposición».

No cabe deducir del razonamiento ni de la conclusión de la sentencia que la corte de Luxemburgo haya desmontado el concepto de cosa juzgada ni la construcción jurídica sustentada en torno a ella o que la haya sacrificado en nombre del principio de efectividad; lo que el tribunal hace es establecer límites a la eficacia incontestable de una resolución falta de motivación<sup>80</sup> y esos límites vienen definidos por el silencio.

94. Esta configuración sugiere nuevos interrogantes unidos al alcance —o, si se prefiere, a la proyección— que haya de darse a ella y que en parte he anticipado. ¿Se ciñe a la relación entre el monitorio y la ejecución del título creado en él?: ¿se ciñe al ámbito del consumo?: ¿existe algún límite temporal?: ¿qué incidencia tiene sobre la formación del contradictorio y el silencio de la parte cuando se le da ocasión de decir lo que a su derecho convenga?

95. La razón de que el juez de la ejecución que sigue a un monitorio —nacional o europeo— sin oposición pueda (deba) examinar la eventual concurrencia de cláusulas abusivas del contrato en que se fundó la solicitud y el requerimiento de pago estriba en que la resolución que deja expedita la vía para instar la ejecución no tiene eficacia de cosa juzgada si el juez del monitorio no llevó a cabo ese control en el incidente previo al requerimiento. Esa misma *ratio* abona que el juez de la ejecución ordinaria que sigue a una ejecución hipotecaria que no satisfizo plenamente al acreedor pueda (deba) examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas que no fueron objeto de control. Y otro tanto habrá que concluir cuando a la ejecución de un título extrajudicial siga un proceso declarativo. Más aún, llevando a sus últimas consecuencias esta doctrina, y por sorprendente que pueda parecer, también el juez de la ejecución de un título judicial podrá (deberá) examinar el carácter abusivo de las cláusulas no examinadas en el declarativo precedente.

96. Si el TJUE se ha referido a la relación entre el monitorio y la ejecución subsiguiente, nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de hacerlo respecto de la ejecución y el declarativo posterior. La STS 1215/2023, de 4 de septiembre<sup>81</sup>, establece que

<sup>80</sup> En este sentido, D'ALESSANDRO (2022: 5).

<sup>81</sup> En el caso que resuelve la sentencia, la ejecución seguida lo era de título no judicial, una escritura de préstamo sin garantía hipotecaria. El auto que despachó ejecución no contenía motivación expresa sobre el examen de oficio del carácter abusivo de la cláusula que establecía el interés de demora. En la oposición que formularon los ejecutados, alegaron el carácter abusivo de una cláusula distinta (la que regulaba la liquidación de la deuda). Después de ser desestimada y sin haber concluido la ejecución, los deudores presentaron una demanda de juicio ordinario contra la entidad ejecutante en la que pedían que se declarara la nulidad de la cláusula de interés de demora contenida en el título que estaba siendo objeto de ejecución. La sentencia de primera instancia desestimó la excepción de cosa juzgada que hizo valer la demandada; la de la Audiencia, por el contrario, la estimó y revocó la

si en el proceso de ejecución —ya se trate de una ejecución ordinaria o hipotecaria— no se ha examinado, de oficio o a instancia de parte, el carácter abusivo de la cláusula, o si en el auto que despacha ejecución no se contiene motivación expresa alguna al respecto, en el declarativo en que se solicite la nulidad de una cláusula —haya o no concluido la ejecución— no hay cosa juzgada que impida ese examen: no hay cosa juzgada, ni litispendencia ni preclusión.

97. Esta referencia a la preclusión —que se recoge expresamente en el quinto fundamento de derecho de la sentencia<sup>82</sup>— invita a una nueva reflexión, motivada, asimismo, por otro pronunciamiento anterior, en este caso del Tribunal Constitucional. Me refiero a la STC 31/2019, de 28 de febrero, ya citada en páginas precedentes. No obstante las diferencias que cabe observar entre los dos casos, hay un elemento común que me parece de relevancia: tanto en uno como en otro, la invocación tardía<sup>83</sup> de la nulidad de la cláusula tiene lugar como consecuencia de pronunciamientos jurisdiccionales dictados y conocidos una vez que había expirado el plazo para oponerse; y común a ambos casos es el dato de que entre el pronunciamiento que sirve para fundar la abusividad que no se había invocado y la alegación que la pretende hacer valer transcurren varios meses<sup>84</sup>. La inexistencia de cosa juzgada de la resolución que ordena requerir de pago en el monitorio o de la que, en el proceso de ejecución, acuerda despacharla sin haber examinado el carácter abusivo de las cláusulas, o sin haber motivado el juicio negativo acerca de su concurrencia, no cierra el paso a la alegación del deudor en el trámite oportuno (el de la oposición a la ejecución). Pero, además, lo que se concluye de las dos sentencias antes referidas es que esa puerta permanece abierta durante todo el curso del proceso hasta su terminación, porque no precluye. Este dato introduce un factor de incertidumbre en la tutela del crédito y puede propiciar que se produzcan consecuencias perjudiciales tanto para quien la insta como para el propio sistema judicial. Como consecuencias perjudiciales hay que entender que haya de decidirse en un momento avanzado del proceso —incluso en fase de recurso o, aún más, en otro proceso—lo que pudo resolverse en un momento temprano de las actuaciones y que no se resolvió porque el juez no hizo lo que tenía que hacer o porque el deudor, descuidada o interesadamente, pospuso su alegación para introducirla tardíamente.

Nos encontramos ante una manifestación de la tensión entre los principios de preclusión y elasticidad o, si se prefiere, entre un régimen riguroso y un régimen

---

sentencia recurrida.

<sup>82</sup> Es el que condensa la doctrina: «no existiendo una resolución firme, dictada en el proceso de ejecución, que contenga un pronunciamiento expreso y motivado, al menos sucintamente, que enjuicie, de oficio o a instancia de parte, el carácter abusivo de la cláusula de interés de demora, ya sea para declarar su carácter abusivo, ya sea para rechazarlo, no existe litispendencia ni cosa juzgada, ni se ha producido la preclusión respecto de la posibilidad de solicitar la nulidad de tal cláusula, por abusiva, en un proceso ordinario».

<sup>83</sup> Al calificarla de tardía quiero decir que tiene lugar con posterioridad al momento ordinario establecido por la ley para su alegación.

<sup>84</sup> En el asunto resuelto por la STS 1215/2023, de 4 de septiembre, fue una sentencia del pleno de la Sala Primera de 22 de abril de 2015 la que motivó que los ejecutados presentaran la demanda de juicio ordinario el 22 de septiembre de 2015. En el asunto que dio pie a la STC 31/2019, de 28 de febrero, fue la sentencia del TJUE *Banco Primus*, de 26 de enero de 2017, la que motivó que el ejecutado instara la nulidad de actuaciones el 29 de mayo de 2017.



generoso o flexible de preclusión<sup>85</sup>. La cuestión no estriba tanto en las ventajas o inconvenientes que ofrece cada uno de ellos —que, sin duda, deben ponderarse—, sino en la razón que conduce a estimar aplicable uno u otro. Como explica Vallines<sup>86</sup>, el principal argumento en pro de un régimen generoso de preclusión es que con él se contribuye a la consecución de intereses de naturaleza pública; en cambio, en pro de un régimen de preclusión riguroso juega, «en primer lugar, el hecho de que la mayoría de los poderes procesales estén configurados para la consecución de intereses privados, lo que entronca con el principio dispositivo que informa el proceso civil [y], en segundo lugar, el procurar que en el proceso no se multiplique la actividad procesal debido a innecesarios ajustes procedimentales o retroacciones».

98. Desde la STJUE de 26-10-2006 (C-168/05, *Mostaza Claro*), la corte ha ido reiterando que las normas del ordenamiento de la Unión que, con el fin de proporcionar una adecuada protección a los consumidores, imponen el control de oficio de las cláusulas abusivas son normas de orden público; y puesto que ese control es debido desde el momento en que el tribunal disponga de los elementos fácticos y jurídicos para verificar tal examen, deja de ser determinante el momento en que se aporten. Recuérdese que la STJUE de 6-10-2009 (C-40/08, *Asturcom*) sitúa la protección de la Directiva 93/13 en el mismo nivel que las normas nacionales de orden público que hayan de ser controladas de oficio por el juez (como es el caso de las normas de jurisdicción y competencia objetiva y funcional). Siguiendo este razonamiento, se concluye que la alegación tardía del carácter abusivo de las cláusulas y la aportación intempestiva de los elementos que la fundamenten no es óbice a que se proceda a su examen, aunque la parte haya guardado silencio a este respecto en el trámite procesal establecido para hacerlo; no hay contravención del principio dispositivo por la sencilla razón de que no este el que rige dada la naturaleza de las normas que resultan de aplicación<sup>87</sup>. Pero no debemos olvidar otra de las enseñanzas de la sentencia *Asturcom*: el deber de control judicial de oficio no puede suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor en la defensa de sus derechos<sup>88</sup>. En los casos que dan pie a este análisis, no puede decirse que el consumidor permaneciera pasivo; al contrario; suscitó la cuestión a través del cauce que entendió procedente (el incidente de nulidad de actuaciones, en un caso, una demanda de juicio declarativo pendiente la ejecución, en otro; y cabría pensar en otras posibilidades, como en su introducción en el recurso que pudiera interponer, aunque no lo hubiera hecho valer antes).

99. Lo anotado sugiere dos interrogantes: uno, acerca de la razón de la inacción (del silencio) del consumidor; otro, relativo al tiempo en que permanece pasivo y al momento en que decide poner fin a su inacción.

Para el TJUE, la razón del silencio es importante; lo es hasta el punto de que solo una pasividad justificada del consumidor abona el control de oficio del juez y, por consiguiente, añadiríamos, que el propio consumidor pueda recabar el control judicial en un momento posterior al que la norma procesal le concede para oponerse a la pretensión del empresario o profesional y alegar lo que a su derecho le convenga.

<sup>85</sup> Al respecto, VALLINES GARCÍA (2004: 105 y ss).

<sup>86</sup> VALLINES GARCÍA (2004:110 y 111).

<sup>87</sup> En este sentido, SCHUMANN BARRAGÁN (2022: 263)

<sup>88</sup> Y así lo ha reiterado en resoluciones posteriores; como muestra SSTJUE de 1-10-2015 (C32/14, *ERS-TE Bank Hungary*) y 17-5-2022 (C869/19, *Unicaja*).

El tribunal ha concretado esa justificación<sup>89</sup> en el establecimiento de un plazo particularmente breve, en los elevados costes —en relación con la cuantía de la deuda litigiosa— que implica la actuación procesal, hasta el punto de que podría disuadirlo de defenderse o en la información incompleta de que dispone. En los casos que hemos visto, ya ha habido ocasión de advertir que fue una nueva doctrina jurisprudencial lo que motivó la reacción del consumidor, puesto que invertía sus expectativas (abocadas conforme a la interpretación jurisprudencial anterior al fracaso y, con la nueva, al éxito).

Ahora bien, a mi parecer, el factor tiempo no debe ser desdeñado. Nuestro esfuerzo debe dirigirse a proporcionar un cauce que permita conciliar las exigencias derivadas de la naturaleza de orden público de las normas dirigidas a la protección del consumidor y la buena ordenación del proceso que evite dilaciones, actuaciones inútiles y maquinaciones. Me parece que el modo mejor de lograrlo consistirá, por una parte, en que el juez cumpla con su deber de control y motivación y, por otra, en que provoque que el consumidor abandone, si así lo quiere, su inacción en un determinado plazo, de manera que, de no hacerlo, se concluya que opta por una total pasividad y que, de hacerlo una vez expirado el plazo, se entenderá que formula su petición con abuso de derecho lo que ha de conducir a su rechazo. Esta es, al cabo, la solución que, para el proceso monitorio sin oposición, proponía la doctrina italiana<sup>90</sup> tras la *STJUE SPV Project y Banco di Desio*; el juez debería (1) declarar que ha realizado el examen de oficio de las cláusulas con indicación expresa de cuáles han sido objeto de ese control; (2) señalar las razones que le han conducido a considerar que las cláusulas no son abusivas; y (3) comunicar al consumidor que su falta de oposición en el plazo y en el trámite que dispone a tal efecto acarreará la pérdida de toda oportunidad de hacer valer —en el proceso en curso o en ulteriores procesos— el carácter abusivo de las cláusulas examinadas. Ciertamente las diferencias que presenta nuestro ordenamiento respecto de lo que dispone el italiano en materia de oposición a la ejecución son notables y la solución que propuso la doctrina de aquel país y la que finalmente adoptó su Corte de Casación obedecen en buena manera a las peculiaridades del régimen legal de esta institución. En efecto, y con carácter singular, debe anotarse que —conforme a lo establecido en el *Codice di procedura civile* y en contraste con lo que dispone nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil— la oposición a la ejecución no se articula procedimentalmente como un incidente de la ejecución, sino que da lugar

<sup>89</sup> SSTJUE de 14-6-2012 (C618/10, *Banco Español de Crédito*) y 22-9-2022 (C-335/21, *Vicente*).

<sup>90</sup> D'ALESSANDRO (2022: 7), DALLA BONTÀ (2023: 6). Era la propuesta, según recoge la segunda de las autoras citadas, del Procuratore generale della Corte di Cassazione, G.B. Nardecchia. Este ha sido, finalmente, el camino trazado por la Sentencia n. 9479 de 6-4-2023 de la Corte (sezioni civili unite). El encaje que, a este respecto, lleva a cabo el pleno del tribunal no deja de ser problemático en aspectos tales como el de la subsunción de la ausencia de motivación —al fin y al cabo un error en el que ha incurrido el juez— en los motivos de caso fortuito y fuerza mayor, el plazo concedido para oponerse (tanto en su extensión, que pasa de diez a cuarenta días, como en la determinación del *dies a quo*) o la determinación del fuero que determina la competencia del juez al que se remite la oposición (que puede no ser el del domicilio del consumidor y que se trata de obviar con el desarrollo telemático del juicio) o los problemas que pueden derivarse en los casos en que el requerimiento haya sido dictado en otro Estado y la ejecución esté pendiente en Italia. Sobre estos extremos, D'ALESSANDRO (2023) y VINCRE (2023); esta última autora ofrece una solución distinta sobre la base de que la cosa juzgada del decreto que requiere de pago no se refiere a la validez o abusividad de las cláusulas contractuales, sino solo al derecho de crédito, de modo que la declaración sobre la abusividad no entra en lo deducible ni, en consecuencia, queda cubierta por la cosa juzgada.



a un juicio de cognición que se ha de desarrollar ante el juez competente<sup>91</sup>. De ahí que la referida comunicación al deudor cobre un especial significado en un régimen caracterizado del modo que sintéticamente acaba de describirse. Pero esto no es óbice a que sea aconsejable incorporar ese modo de proceder a nuestro ordenamiento, con la ventaja añadida de que será el juez de la ejecución el que conocerá de la pretensión de nulidad de las cláusulas que, en su caso, formule el deudor consumidor, lo que redundará no solo en la economía procesal, sino en la evitación de problemas de coordinación entre dos procesos, sobre todo en lo que atañe a la suspensión de la ejecución.

100. La solución propuesta debería aplicarse en el primer proceso en que esté en juego la tutela del consumidor; y si el juez de ese primer proceso no obrara según lo descrito, igual solución debería aplicarse en el proceso que siguiera a aquel (como sería el caso del proceso de ejecución incoado tras el monitorio o tras una ejecución hipotecaria). Quedaría, no obstante, un resquicio, precisamente el que ponen de manifiesto las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo con que han comenzado estas consideraciones: que una jurisprudencia sobrevenida alegada por el consumidor dé pie al control de una cláusula hasta entonces no verificada o a un nuevo control que en el examen previo —en la hipótesis de que este se ha producido— condujo a un resultado negativo. En tal caso, queda excluido el juego de la preclusión, incluso en el supuesto de que el consumidor haya demorado en exceso su alegación; que su silencio se haya prolongado en el tiempo y en su transcurso se hayan producido actuaciones, y gastos, que hubieran podido evitarse no puede deparar la inadmisión del escrito —o, más improbablemente, de la alegación oral— en que se pida la nulidad de la cláusula que hasta entonces se había silenciado: lo impide el interés público en dispensar a los consumidores la protección que establece el ordenamiento de la Unión; el reproche a este respecto solo podrá venir por la aplicación de las normas que recogen las reglas de la buena fe procesal.

101. Estos mecanismos de control operan solo cuando lo que está en juego es la protección del consumidor. Si la razón que lo justifica es el desequilibrio contractual, habrá que plantearse si otras situaciones que presuman o evidencien la vulnerabilidad de uno de los litigantes merecerán un reequilibrio de las posiciones a través de una actuación de oficio para superar—o dar ocasión de hacerlo— omisiones o silencios que puedan comportar una pérdida de derechos. La clave para ello bien puede residenciarse no tanto en la iniciativa de oficio para apreciar las condiciones impuestas a la parte débil sin capacidad de reacción, como en poner en su conocimiento la información que le permita hacer valer los derechos y las razones que, en otro caso, pudiera ignorar. La cuestión adquiere una especial relevancia en aquellos casos en que no está en juego el orden público, puesto que, no estándolo, ya no se trata de expulsar del tráfico las conductas que lo contravienen ni de disuadir de llevarlas a cabo; de lo que se trata ahora es de que el litigante débil —por el momento el consumidor— sea consciente de la tutela que puede pretender por tener derecho a ella. En definitiva, de garantizar que el silencio, si se produce, es querido o, dicho de otro modo, que la tutela que insta es la que en ejercicio de su autonomía de la voluntad quiere solicitar

<sup>91</sup> Como señala D'ALESSANDRO (2023: 1065), «Nel sistema disegnato dalle Sezioni unite, il giudice dell'esecuzione può solo controllare e segnalare la presenza ovvero l'assenza di eventuali clausole abusive al consumatore-esecutato, giammai può dichiararne la sussistenza e trarne le relative conseguenze giuridiche, ai soli fini della procedura esecutiva in corso»; por ello, «la “vera valutazione” sarà fatta dal giudice della cognizione ex art. 650 c.p.c., all'esito di un'attività istruttoria che quest'ultimo può disporre».

y a esa misma razón —a su poder de disposición— obedece también que, pudiendo interesar otra distinta o añadida, no lo hace.

102. La STJUE de 14-12-2023 (C-83/22, *Tuk Tuk Travel*), aunque acotada al ámbito de los consumidores, proporciona unas pautas que el legislador debería introducir en este ámbito y que bien podría incorporarlas para una más acabada tutela de los sujetos que se encuentren en una situación de desequilibrio, desigualdad o vulnerabilidad (y que, previamente, deberían ser definidas con precisión). El caso que dio pie a la sentencia mencionada fue el de un consumidor que había cancelado un viaje combinado a causa de la pandemia del covid-19; se trataba de un viaje para dos personas a Vietnam y Camboya con salida desde Madrid el 8 de marzo de 2020 y regreso el 24 de ese mismo mes; el 12 de febrero el demandante comunicó a la demandada su decisión de resolver el contrato dada la propagación del virus en Asia y solicitó la devolución de las cantidades que le correspondiesen. En la demanda que dirigió frente a la agencia no reclamó todo el importe que había adelantado, a pesar de que el art. 12.2 de la Directiva 2015/2302<sup>92</sup> reconoce el derecho del viajero al reembolso completo de los pagos realizados, sin ninguna penalización, de concurrir circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino. Las claves de la solución y, con ella, la doctrina que cabe extraer de la sentencia *Tuk Tuk Travel* se pueden condensar en los apartados que reproduzco a continuación:

a) en primer lugar, debe afirmarse el deber del juez de proceder al examen de oficio si concurren determinados presupuestos, es decir, a salirse de los límites del litigio determinados por las partes:

«el juez nacional está obligado a examinar de oficio si se han cumplido determinadas disposiciones del Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores cuando, de no realizarse tal examen, no podría lograrse el objetivo de protección efectiva de los consumidores» (apdo. 46);

b) el silencio del consumidor y la razón que pudiera estar detrás de ese silencio son los factores desencadenantes de la actuación de oficio; en una situación en la que el viajero no pida la aplicación del art. 12.2 (la resolución del contrato y el reembolso íntegro de las cantidades anticipadas)

«pese a parecer que se cumplen las condiciones para tal aplicación, no debe excluirse que ignorara la existencia del derecho de resolución establecido en dicha disposición. Pues bien, ello basta para que el juez nacional pueda invocar de oficio la referida disposición» (apdo. 58);

c) afirmado lo anterior, debe establecerse cuál es el alcance de la iniciativa del tribunal; lo que el control de oficio exige del juez es

«por un lado, que informe al demandante de su derecho de resolución [...] y, por otro lado, que ofrezca al demandante la posibilidad de invocar ese derecho en el procedimiento judicial en curso y que, si lo invoca, dé al demandado la oportunidad de un debate contradictorio» (apdo. 61);

<sup>92</sup> Se trata de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo.

d) si este es el sentido positivo del contenido del examen de oficio, puede también delimitarse tal control en un sentido negativo:

«no puede obligarse al juez nacional a resolver de oficio un contrato de viaje combinado con arreglo a esta disposición si el viajero, tras haber sido advertido de este extremo por aquel, manifiesta su intención libre e informada de no resolver su contrato al amparo de dicha disposición»<sup>93</sup> (apdo. 63).

103. Avanzaba que el legislador debe llevar a cabo las modificaciones normativas necesarias en el proceso de declaración para que las exigencias que se contienen en la sentencia *Tuk Tuk Travel* puedan articularse en la sustanciación del proceso sin recurrir a soluciones imaginativas de nuestros tribunales. Deben, por tanto, precisarse los siguientes extremos<sup>94</sup>:

a) en qué momento debe llevarse el control de oficio del juez descrito en los términos antes referidos; la economía procesal aconseja que fuera el trámite de admisión a la demanda, pero si el letrado de la Administración de Justicia no diera traslado al juez para este fin y el control se produjera tras la contestación del demandado, en el caso de que el actor ampliara o modificara su pretensión, habría que habilitar un nuevo plazo para que el demandado pudiera presentar alegaciones a este respecto;

b) los plazos en que el juez ha de informar y resolver y en los que las partes pueden llevar a cabo las actuaciones procedentes a la vista de lo informado y acordado por el juez;

c) la necesidad de intentar una solución negociada tras la variación del objeto;

d) la transformación del procedimiento si la modificación de la cuantía o la acumulación de acciones provocara tal cambio;

e) los efectos anudados a la falta de control por el juez (el eventual control de oficio por el tribunal del recurso y la asunción de la instancia o el reenvío);

f) los efectos anudados al silencio del actor (preclusión o renuncia) y a los del demandado (preclusión, admisión de hechos o conformidad con la pretensión).

104. Estamos ante un nuevo reto por exigencias de la tutela de los derechos que obliga a plantearnos la medida en que esa protección debe reforzarse, la distribución de las cargas procesales entre las partes y las consecuencias anudadas al silencio que guarden cuando, teniendo la ocasión de decir lo que a su derecho convenga, opten por callar. A mi parecer, el grado de refuerzo que exigen situaciones como las descritas

<sup>93</sup> Es lo que permite a CEDEÑO HERNÁN (2024B: 10) concluir, comparando lo que dice el TJUE en esta sentencia con lo que dijo en el asunto *Duarte* al que ha habido ocasión de referirnos en páginas anteriores, que la corte «ha evolucionado de imponer al órgano jurisdiccional la concesión de oficio de tutelas no solicitadas por el demandante, excediendo de los límites del objeto del proceso, a proclamar el deber del juez nacional de informar al consumidor de los derechos que le asisten para que, si lo considera conveniente, modifique o amplíe sus peticiones de tutela»

<sup>94</sup> Con carácter general, CEDEÑO HERNÁN (2024B: 11) aboga por que la ley introduzca especialidades en los procesos relativos a la tutela de los consumidores y que, entre ellas, «se refuercen los poderes de actuación de oficio del juez, no solo para apreciar de oficio las cláusulas contractuales abusivas, sino también para informar al consumidor de los derechos que le reconoce la normativa europea y evitar de este modo que no los ejercite por desconocimiento». Por ello, estima necesario flexibilizar las reglas de preclusión, respetando la autonomía de los consumidores y sin descuidar el derecho de defensa de la parte contraria.

no debe ir más allá de proporcionar a quien ha iniciado un proceso jurisdiccional la información sobre los derechos que le asisten y que no ha ejercitado en relación con el objeto de ese proceso. Una vez informado, su no ejercicio debe quedar sujeto a las reglas de preclusión que rigen con carácter general y a las reglas generales considero oportuno remitirse para los casos en que el demandado no contradiga la pretensión del actor o las afirmaciones que recoja su escrito de alegaciones.

### III. CODA

105. Estas reflexiones sobre el silencio de las partes en el proceso civil han obligado a transitar por un largo trazado, lineal en ocasiones, con caminos de ida y vuelta en otras y con no pocas bifurcaciones que había que seguir. Ese recorrido ha evidenciado, como tantas veces ocurre en el mundo del Derecho, la heterogeneidad de situaciones y soluciones y cada una requería preguntarse por su fundamento y acierto sin dejar de indagar lo que cada una, a su vez, pudiera tener en común con otras. Ese me parece que es, en buena parte, el cometido de la ciencia jurídica: descubrir la razón de las cosas y preguntarse sobre la coherencia del sistema, porque solo respondiendo adecuadamente a la primera excluiríamos el capricho y la arbitrariedad y solo construyendo debidamente el segundo garantizaríamos la previsibilidad y la observancia voluntaria de las reglas que nos damos. La complejidad de las relaciones personales tiene su reflejo en la complejidad del ordenamiento; razón y sistema constituyen los pilares para afrontar esa complejidad y hacerla inteligible evitando y huyendo de la fragmentación, la desconexión y la atomización de las respuestas que desorientan y debilitan la confianza en el Derecho. Los aforismos —arrancaba mi discurso con ellos— condensan experiencias y enseñanzas, pero son también, no pocas veces, simplificaciones excesivas que en lugar de servir o alumbrar como meras referencias, se usan interesada o perezosamente como atajo burdo en el análisis y la solución de los problemas. Bien se advierte cuando contamos, como es el caso, con dos máximas contrapuestas de raigambre histórica, acuñadas en las fuentes jurídicas romanas y canónicas, que conducen a interpretar la falta de palabra de modo divergente. Ocasión ha habido —y espero haberla aprovechado— de mostrar una panoplia de escenas y escenarios procesales en que el silencio se hace presente y en que, más allá de ese elemento común, se hacen presentes elementos diversos —atinentes a la condición de los sujetos, a la tutela pretendida, al cauce seguido— que transforman su significado.

106. He atendido al silencio querido o descuidado, el que guardan las partes cuando tienen la oportunidad de ser oídas o son compelidas a decir lo que solo ellas pueden decir. Y el esfuerzo que he llevado a cabo me invita a desplegar otro para preguntarme por el silencio debido y quebrado, es decir, el que no se produjo cuando debió guardarse, y el silencio indebido, el que en modo alguno debió guardarse, que obliga a dirigir la mirada también hacia otros sujetos y, muy especialmente, hacia el tribunal. Sé, por razón de mi oficio, que unas preguntas suscitan otras; y sé también, por igual motivo, que formular, o al menos buscar, las respuestas requiere sosiego y reflexión. Solo soy capaz de encontrar esas condiciones lejos del ruido que no es, las más de las veces, sino confusión. Permítanme, por tanto, que pronuncie estas palabras para hallar las adecuadas a esa nueva tarea que me impongo vuelva a mi silencio. Es el que por mi parte les dejo ahora convencido de que lo agradecerán.



# BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, Marien (2023): «La pretendida deconstrucción pretoriana del proceso civil. Una visión crítica a propósito de las Sentencias del TJUE de 17 de mayo de 2022», en *Derecho de la Unión Europea y Justicia civil eficiente* (dir. Aguilera Morales, coord.: Fernández Carron). Valencia, Tirant lo Blanch, pgs. 95-150.
- BANACLOCHE PALAO, Julio (2003): *Las diligencias preliminares*. Madrid, Thomson-Civitas.
- BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia (2010): *El juicio verbal de desahucio*. Madrid, Thomson-Civitas.
- CACHÓN CADENAS, Manuel (2022): «Oposición a la ejecución y cosa juzgada, con especial referencia a las cláusulas abusivas», en *Proceso y consumo* (dirs.: Cachón Cadenas y Pérez Daudí), Barcelona, Atelier, pgs. 241-259.
- CALDERÓN CUADRADO, María Pía (2018): *Tutela de los derechos reales inscritos*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina (2024A): «Las reformas del Real Decreto-ley 6/2023 en materia de control de cláusulas abusivas», en *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023* (dir.: Banacloche Palao y Gascón Inchausti), Madrid, La Ley, pgs. 333-369.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina (2024B): «¿Exige el Derecho de la Unión Europea otorgar tutelas de oficio en el Derecho de consumo al margen de las cláusulas abusivas?», en *Diario La Ley* n° 10474, 26 de marzo de 2024.
- D’ALESSANDRO, Elena (2022): «**Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022** (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite», en [www-judicium.it](http://www-judicium.it) (02 Novembre 2022)
- D’ALESSANDRO, Elena (2023): «Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l’armonia (e l’autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell’art. 650 c.p.c.», en *Giurisprudenza Italiana - Maggio 2023*, pgs. 1060-1068.
- DALLA BONTÀ, Silvana (2023): «Tutela del consumatore, tutela monitoria e giudicato: una lite trilatera?», en *RIDARE - Risarcimento Danno Responsabilità*

- DAMIÁN MORENO, Juan (2022): «El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022», en *Diario La Ley* núm. 10174, 21 de noviembre de 2022.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2001): comentario a los arts. 281 y 283, y a los arts. 304 y 307 en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con Díez-Picazo Giménez, Vegas Torres y Banacloche Palao). Madrid, Civitas, pgs.510-514 y 516-517 y pgs. 545-546 y 549.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid, Thomson-Civitas.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2001): comentario a los arts. 405, 441 y 444 en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con De la Oliva Santos, Vegas Torres y Banacloche Palao). Madrid, Civitas, pgs. 676-678, 757-761 y 768-771.
- EGIDO, Aurora (1996): *La rosa del silencio. Estudios sobre Gracián*. Madrid, Alianza Editorial.
- FERNÁNDEZ CARRON, Clara (2010): *La tercería de mejor derecho*. Madrid, La Ley.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier (2000): comentario a los arts. 304 y 307, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord.: Fernández-Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau), t. II, Barcelona, Atelier, pgs. 1429.1437 y 1452-1459.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel (2001): *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurgium.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (2008): «La eficiencia del juicio verbal sumario relativo al cumplimiento o la resolución de ventas a plazos o arrendamientos financieros», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* t. II, (eds.: Carpi y Ortells), Universitat de València, pgs. 365-372, accesible en <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp9gar.pdf>
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2017): «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), vol. 9, nº 1, pgs. 125-152.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2019): *Acumulación de acciones y de procesos civiles*. Madrid, La Ley.
- GÓMEZ AMIGO, Luis (2024): «La reforma del proceso monitorio y de los procedimientos de “jura de cuentas” por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre: los nuevos trámites de control de oficio de las cláusulas abusivas», en *Práctica de Tribunales* nº 167, marzo de 2024, pgs. 1-22.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2011): comentario a los arts. 34 y 35 en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord.: Cerdón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández), 2ª ed., vol. I, pgs, 508-527.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2019): *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas*. Madrid, La Ley.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2024): «El intento de arreglo amistoso como presupuesto de procedibilidad», en *Masc, to be or not to be? (Medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)* (ed.: Barona Vilar). Valencia, Tirant lo Blanc, pgs, 127-156, accesible en <https://open.tirant.com/cloudLibrary/ebook/list>



- JIMÉNEZ CONDE, Fernando (2007): *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*. Madrid, Thomson-Civitas.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto José (2009): *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.
- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen (2016): «El silencio del demandado en el proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo “quien calla, otorga”», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 63 (2016), pgs. 177-195.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2019): *La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales*. Madrid, La Ley.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2021): «El carácter general del requisito de procedibilidad de haber acudido a un “medio adecuado de solución de controversias”: a propósito del proceso monitorio», en *Revista General de Derecho Procesal* 55 (2021), pgs. 1-74.
- LÓPEZ SIMÓ, Francisco (2024): «Las reformas introducidas en el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo», en *Arbitraje y Jurisdicción, Homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, t. II (coord.: David Arias). Madrid, La Ley, pgs. 1227-1255.
- MARTÍNEZ VELA, José Antonio (2012): «Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, pgs. 395-422.
- MAYORGA, Juan (2019): *Silencio* (discurso leído el día 19 de mayo de 2019 en su recepción pública). Madrid, Real Academia Española. Está disponible en [https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso\\_ingreso\\_Mayorga.pdf](https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_ingreso_Mayorga.pdf)
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar (2013): «El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico», en *RJUAM (Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid)* n° 28, 2013-II, pgs. 285-306.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente y SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús (2017): «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», en *Diario La Ley*, n° 9008, 26 de junio de 2017.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente (2018): «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente». En *Revista General de Derecho Procesal* 46 (2018).
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J. (2022): «La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)», en *Actualidad Civil* n° 7-8, julio-agosto-2022.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2023): «El art. 400 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa», en *InDret* 2.2023, pgs. 516-535.
- RIBELLES ARELLANO, José María (2000): comentario al art. 219 en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.I, (coord.: Fernández-Ballesteros, Rifá y Valls), Barcelona, Iurgium-Atelier, pgs. 845-851.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara (2023): «Efectividad vs. cosa juzgada de cláusulas abusivas en el proceso monitorio, Experiencia española y cuestiones pendientes», en *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea. Riflessioni trasversali e transfrontaliere su titolo esecutivo e giudicato. Atti del Convegno (Foggia, 28 settembre 2022)*, a cura di Daniela Longo. Bari, Cacucci Editore, pgs. 133-182.
- SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (2018): «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas», en *Diario La Ley* n° 9264, septiembre de 2018.



- SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (2022): «Derecho europeo de consumo y tutela judicial efectiva. La tutela de los consumidores y usuarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (dir.: Romero de Pradas). Valencia, Tirant lo Blanch, pgs. 249-264.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid, La Ley.
- VALLINES GARCÍA, Enrique (2004): *La preclusión en el proceso civil*. Madrid, Thomson-Civitas.
- VEGAS TORRES, Jaime (2001): comentario a los arts. 617 y 618, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con De la Oliva Santos, Díez-Picazo y Banacloche Palao). Madrid, Civitas, pgs. 1080-1083.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa (2019): *El juicio verbal y sus especialidades*. Madrid, La Ley.
- VINCRE, Simonetta (2023): «La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della casazione sulle nullità consumeristiche», en *Rivista di Diritto Processuale* (4/2023), pgs. 1487-1510.

# DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A CARGO DEL

**Excmo. Sr. Don Ángel Bonet Navarro**

Excelentísimo señor presidente, excelentísimas señoras académicas y excelentísimos señores académicos, excelentísimas e ilustrísimas autoridades; señoras, señores:

Resultará fácil para ustedes descubrir la noble y pareja satisfacción con la que ocupo esta tribuna para contestar al discurso *El silencio de las partes en el proceso civil*, pronunciado por el profesor Juan Francisco Herrero Perezagua. Por una parte, cuenta la dicha de verme reunido en esta sede académica con el recipiendario para cumplir este doble oficio corporativo: acompañarle como padrino y, en nombre de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, darle la bienvenida en esta solemne ceremonia. Porque esta circunstancia me concede traer también ahora a mi memoria una bienvenida, acontecida hace varios decenios, cuando, siendo alumno en el curso 1984-1985 —era reciente la extensa reforma de la LEC, hecha en el mes de agosto, que dio lugar a la celebración de unas jornadas de estudio en las que participé—, el nuevo académico emprendió una formación jurídica encaminada a dedicar su vida a la enseñanza e investigación del Derecho Procesal; vida asimismo señaladamente comprometida con la representación y alta gestión académica de la universidad. Y, como consecuencia, me concede recordar también el largo acompañamiento mutuo en el itinerario recorrido junto a él en la Universidad de Zaragoza en la que, como he dicho antes en otra ocasión, se hizo universitario, ha hecho universitarios a los que han participado de su enseñanza y de los resultados de su investigación; y en la que él, gracias a su trato cotidiano, me hizo a mi más universitario. Pero, como he dicho antes, hay otro motivo de complacencia; tener el encargo de contestar un discurso leído que —no solo hecho para la ocasión— está tejido con maduras reflexiones elegidas y recogidas —leer, de *legere*, también tiene que ver con recoger— en el copioso acervo de su investigación.

## § 1

Este género de consideraciones que acabo de hacer me dispone a dedicar la primera parte de mi intervención a profesar con convicción la *laudatio* de los méritos del nuevo académico para seguidamente desarrollar convenientemente la contestación del discurso.

El recipiendario, nacido en Zaragoza, cursa sus estudios superiores en nuestra universidad en la que alcanza los grados de licenciado y doctor en Derecho. Su te-

sis doctoral *La condena en costas*, calificada con Apto *cum laude*, es un modelo de ejercicio de la investigación jurídica al servicio de la realidad social; la —para el poco perspicaz— aparente nimiedad del tema: las costas del pleito, se devela, bajo su mirada profunda y minuciosa, como un vigoroso núcleo —no siempre bien considerado—, de las raíces mismas de la preconizada universalidad de la tutela jurisdiccional: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

La repercusión de este trabajo doctoral no quedó limitada privadamente al ámbito académico. Bajo el título *La condena en costas: procesos declarativos civiles* (1994) fue publicado como monografía de inevitable consulta para quienes estudian este tema y, sobre todo, para quienes desean profundizar en el estudio del acceso eficaz al proceso jurisdiccional. Hay que decir algo más. Aquella no fue una impar idea de un joven investigador, consumida en su desarrollo y finalidad perseguida, sino que determinó un camino en el que ha vuelto a abordar el tema y su motivación jurídica, con honda preocupación en momentos distintos de su biografía investigadora.

Esta es una divisa de discernimiento en toda su tarea académica. Si se presta un poco de atención al extenso índice de su obra publicada y a las actividades congresuales dirigidas, organizadas y participadas, que constan en el archivo de esta Real Academia, inmediatamente se advierte que su preocupación e interés se hallan en el lugar y circunstancias particulares que percuten los intereses de los más necesitados; personas cuya respetabilidad pide tutela de una justicia jurídica bien aparejada y vigorosamente garantizada por el único instrumento donde se manifiesta genuinamente: el proceso. No es insólito que haya escogido como tema de su discurso el silencio y su repercusión sobre las partes del proceso civil. En el centro del trance litigioso está la persona humana: su dignidad y la consideración de su inviolable existencia y del derecho a su pleno, hasta el fin, desarrollo personal.

Las monografías: *Tutela cautelar del menor en el proceso civil* (1997). *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas* (2019) *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil* (2020) y las obras colectivas por él dirigidas: *Los vulnerables ante el proceso civil* (2022), *La justicia tenía un precio* (2023), nos parece que responden a un mismo designio.

Pero en el índice de sus publicaciones encontramos además expresivos y sugerentes estudios planteados sobre los temas cruciales de la justicia, publicados bien como monografías: *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores* (2007), *Lo jurisdiccional en entredicho* (2014), o bien, en obras colectivas bajo su dirección, como *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil* (2015), *Las transformaciones del proceso civil* (2016) y *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, (2020). *Reformas tras reformas: un proceso civil desorientado* (2014).

En fin, nada de lo concerniente al coste de la justicia, tutela del crédito, derecho concursal, resoluciones y recursos, jurisdicción, competencia y objeto del proceso, derecho de la Unión Europea, medios negociales de solución de conflictos, aspectos procedimentales, comentarios a las leyes, y otras reflexiones de carácter general ha sido ajeno a su inquietud investigadora mostrada en casi dos centenares de títulos entre artículos científicos y capítulos de libros y, en un género primorosamente cultivado: sus excelentes prólogos a diversas monografías.

El interés mostrado por la forma de decir y escribir, reflejado en todos sus escritos jurídicos y abordado magistralmente en el delicioso artículo *Palabra precisa*

y lenguaje sencillo en el discurso jurídico (2021), se manifiesta una vez más en la disertación que contesto.

La intensidad de la llevanza de la tarea universitaria se pone de relieve en la consideración de ser participante en diversos grupos de investigación, investigador principal en cuatro proyectos de investigación competitivos, así como del Grupo de Referencia «*De Iure*»; director de congresos y jornadas científicas, ponente asiduo en congresos nacionales e internacionales, Secretario General de la Universidad (2008-2016), director de siete tesis doctorales; ha sido ponente invitado en las Universidades de La Matanza, (Argentina), Católica del Norte, Valparaíso y Los Andes (Chile), en el Colegio de España de Bolonia (Italia), en la Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia de la Università di Trento y profesor invitado en la Facoltà dei Giurisprudenza de esta última Universidad de Trento. Es miembro de la International Association of Procedural Law.

El magisterio del profesor Herrero Perezagua se nutre en dos fuentes fundamentales: la del conocimiento e interpretación del Derecho y la del tratamiento de este en y para la vida social.

## § 2

Al leer el discurso del recipiendario, sin envanecerse nadie de vaticinador, puede decirse con certeza que la Academia recibe, a modo de primicia, un anuncio y una muestra sobre la labor que el nuevo académico desarrollará en ella, a partir de ahora: por valernos de una imagen, es una obertura de la obra que le seguirá. Esto es lo que se podría decir motivadamente en esta ocasión; no nos faltaría causa y satisfacción si termináramos así nuestro aserto. Las oberturas musicales de las óperas, como es sabido, son un preludio de la acción que se va a desarrollar acto seguido, señalando el camino hacia la primera escena de la obra y, a menudo, ofrecen resumidamente los temas o melodías musicales que se desarrollan en la obra; lo que vendrá después. Pero he de manifestar que este discurso se presenta más bien ante los académicos como una especie de obertura invertida.

Al considerar el discurso como una obertura invertida, pondero primordialmente que en él se recoge una hechura —estilo y contenido— que resume y expresa todo el cosmos del trabajo intelectual del recipiendario ocurrido antes, ya realizado y reconocido en su tarea académica, que responde a su formación humana y científica; un expresivo *opus musivum*, en el que cada una de las piezas que lo componen proviene de una larga e intensa investigación ejercitada que permite conocer el género del objeto y modo de su trabajo. Porque este está entretejido con dotes y datos: facultades y realidades. Con el uso inteligente de las primeras hace inteligibles y comprensibles las segundas.

En el discurso se descubre esta malla de dotes ejercidas por el nuevo académico y los datos por él trabajados durante muchos años que han antecedido a la composición de la obra ahora primorosamente ofrecida. Y así, el discurso revela también un asunto expuesto (con dotes y datos) con la originalidad de un maestro. Porque la originalidad de un autor no consiste en cultivar la rareza, la extravagancia, o el esnobismo; ni siquiera en utilizar nuevas o enigmáticas palabras con velados significados o con una siembra de trampas dialécticas y sofismas para acabar diciendo, acaso, lo que, bien o mal, ya han dicho otros anteriormente. Tampoco reside la originalidad en interpretar lo ya interpretado (libros sobre libros) en un nefasto quehacer que tan lastimosamente invade una buena parte de la literatura jurídica actual.

La originalidad consiste, a menudo, en exponer, evitando tenuidades, una visión de conjunto que solo un espíritu sutil puede captar; quizá versa sobre lo que ya existe y se ha dicho, pero dando un nuevo giro, una nueva orientación. Enseña a mirar el cuadro y comprenderlo mejor, en lugar de entretenerse en estudiar y explicar la composición de los hilos que forman el lienzo. Es, la realizada en este discurso, una tarea propia de la dogmática jurídica en la que, junto a la sistematización e interpretación de las reglas legales, se ofrecen elaborados conceptos jurídicos.

El ámbito en que se desenvuelve el objeto del discurso es bien conocido por muchos: el proceso civil; los datos manejados son de fácil acceso: la ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia, la doctrina; todo eso existe y lo hemos leído anteriormente, pero su tratamiento en este discurso es propio de una fúlgida mirada: innovador, creativo, inspirador para ver la teoría del proceso de otra manera y, en la práctica, ofrecer nuevos recursos para su eficaz utilización como instrumento de la justicia.

Porque teoría y práctica no son consideradas como realidades presupuestas y dejadas a la intemperie para husmear superficialmente su existencia, sino para preguntarse por el sentido de ellas en la vida. Ni las normas, ni las sentencias, ni las teorías jurídicas construyen siempre la justicia. Por eso, es preciso que su estudio e interpretación sean objetivo primordial de una mirada reposada sobre la vida y de un discernimiento creador que no se distancia de la realidad, porque las verdades existenciales que interesan al Derecho las va obteniendo el jurista conforme obra (estudia y vive), en la medida en que camina junto a sus conciudadanos y ofrece no una verdad especulativa, sino una verdad existencial. Solo así es posible construir un *magnum opus*, como el que hoy pone el beneficiario en manos de nuestra Real Academia.

### § 3

El par: palabra-silencio, enunciado por el nuevo académico, resulta ser estimulante de copiosas reflexiones concernientes vigorosamente al proceso. Al principio de su discurso, refiriéndose al proceso, el beneficiario afirma: «*Solo la palabra desencadena su puesta en marcha y solo la palabra le pone fin...*». Y añade: «*Pero el proceso es también un territorio salpicado por el silencio*». Y ha separado, para tratarlo aquí, el tipo de silencio que denomina querido o descuidado, que guardan las partes cuando tienen la oportunidad de ser oídas o son compelidas a decir lo que solo ellas pueden decir. Pero, en el final del discurso nos advierte que hay otros tipos de silencio.

La fecundidad de sus planteamientos: mostrada; la postrera advertencia formulada: expectante, sugieren una parva y modesta meditación sobre la función del silencio de las partes como fuerza motriz del proceso y, por su singular consideración, como medio de la garantía de la presencia de las dos partes en el proceso y de su defensa bilateral.

### § 4

Una sencilla mirada externa del proceso jurisdiccional ofrece una idea prístina del efecto natural de la subsistencia, en sí, que emana de su propia naturaleza. La naturaleza de las cosas es aquello en lo que consisten. El término «proceso» está relacionado originariamente con movimiento. «*El proceso, en su aspecto externo, evoca ante todo la idea de orden: una sucesión ordenada de actuaciones. El orden proporciona no solo certidumbre, sino, sobre todo, ocasión para la realización de un determinado acto*», nos dice el beneficiario. Afirmación cardinal. El concepto de proceso jurisdiccional, como forma jurídicamente reglada de la protección del ordenamiento

jurídico por el Estado mediante la conservación y actuación del derecho privado a través de la declaración, ejecución y aseguramiento de las relaciones jurídicas y derechos subjetivos privados, contiene una idea dinámica de algo que se mueve hacia determinado fin. Idea de algo que se va haciendo paulatinamente a través de etapas o fases sucesivas: cadena, serie o sucesión de actos coordinados al fin hacia el que tiende (Gómez Orbaneja).

El proceso es sucesión de actos, actividad, movimiento, desarrollo en el tiempo. Nada que tenga que ver con la quietud o la detención en el tiempo. Porque, cuando el proceso se paraliza, por tiempo determinado, antes de llegar a su fin, naturalmente predispuesto, deja de ser útil, según su función; cesa su efecto propio: entra en crisis; consecuentemente deja de ser un proceso en *progreso* (del étimo indoeuropeo: *ghredh*: andar, marchar): no es posible su subsistencia; decimos que caduca la instancia (artículo 237 LEC). En las *Instituciones* de Gayo (Lib. IV, tit. XI, § 84, palimpsesto de la Biblioteca Capitular de Verona), respecto de los juicios seguidos entre ciudadanos romanos, leemos: «*Nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant*», según la *Lex Julia Iudiciaria*. Hay un movimiento en el proceso incluso cuando las partes no hacen nada; mientras «corren» los plazos o en los llamados «tiempos muertos». Este curso del tiempo conduce al paso siguiente del proceso: hay en él movimiento.

El término técnico-procesal: «acción», que designa el acto inicial del ejercicio de la facultad de un sujeto consistente en pedir la concesión de la tutela del juez, significa, en una acepción provisional que matizaremos posteriormente, la idea de un *agere* (del verbo latino *ago*: mover hacia delante, poner en movimiento, hacer avanzar); al cabo, el nacimiento, la subsistencia de la actuación; el trámite y la gestión. *Actio*, en sentido formal es el instrumento que abre las puertas al proceso (Iglesias). La acción es el acto motor del proceso determinando los límites dentro de los cuales el juez ha de conocer del objeto litigioso a él sometido (Calamandrei).

Sin embargo, cuando se aísla la significación de la palabra silencio y se busca cobijo para ella como entidad relevante en el trenzado de relaciones que compone el proceso, no es posible dejar de considerar, en un primer momento, su dificultosa inserción por la aparente paradoja que se da entre estos dos términos: de una parte, como hemos dicho, la estructura externa del proceso que se configura como una progresión y, de otra parte, la determinación del significante: silencio que, apto para un doble significado, anticipa semasiológicamente la idea común de la exclusión de una actividad: bien sea no hablar, bien sea no actuar, como advierte certeramente el recipiendario. Porque tanto en el latín (*silentium*: silencio, relacionada con el verbo *sileo*: guardar silencio) como en el griego clásico (ἡσυχία, ας: silencio, vinculada con el verbo ἡσυχάζω: estar inactivo), respectivamente, la misma raíz sirve para designar el silencio (abstención de sonido o de habla) y la ausencia de movimiento: *cuncta silent* (todo está en calma), en latín; ἡσυχίαν ἄγειν (estar tranquilo, estar en silencio), en griego.

Ahora bien, el silencio, como entidad normativa, recibe en la ley procesal la consideración de todo lo contrario de lo que acabamos de decir; no tiene un significado pasivo, sino activo en una doble manifestación: silencio voluntario o silencio necesario. Reconocido como elemento activo del proceso tiene una eventual y específica eficacia afirmativa (*silentium videtur confessio*; Séneca, el Viejo, *Controversiae*. 10, 12, 6): equivale a la admisión tácita de los hechos; en definitiva, *ficta confessio* (*cumfateor*, hablar con) de los hechos afirmados por una parte y no negados expresamente por la contraria, para tomarla en cuenta en el momento de decidir el asunto (art. 405.2

y 426.6 LEC), pudiendo ser reconocidos y considerados como ciertos (arts. 307.1 y 309.3 LEC): *qui tacet consentire videtur; ubi loqui potuit et debuit* (Bonifacio VIII, *Liber sextus*, 5,13,43).

Así, este es un silencio que genera activamente situaciones figuradas: representa algo (una admisión afirmativa, como declarada) que no se ha producido realmente en el proceso (*qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*. Paulo, en *D. 50.17.142*). Dichas situaciones, que se originan por la pasividad de una parte que no habla, no oponiéndose expresamente, vienen ligadas a una formalidad jurídica procedimental por la cual, se obliga a una parte a pronunciarse sobre unos hechos alegados por la parte contraria, estableciendo el gravamen procesal de su aparente reconocimiento si no hay negación expresa de tales hechos; esta es una eficacia funcional que produce, en su caso, un beneficio presuntivo para el que alegó determinados hechos no negados por la parte contraria (artículos 304 y 307; 329.1, 405.2, 426.6.; 433.4 LEC). Puede, de esta manera, estimarse la eficacia activa de este silencio. Nos dice el profesor Herrero en su discurso, cómo paradójicamente, *«el silencio, a este respecto, se traduce en la opción por la gestión del procedimiento conforme a las reglas legales o las disposiciones acordadas por el tribunal que podrán ser objeto de contradicción por las partes»*.

Y, como expresa acertadamente, *«la ley atribuye el significado y acota el margen del juzgador en la determinación de las consecuencias que hayan de anudarse a él»*. Lo vemos, siguiendo su planteamiento en los distintos efectos del silencio y su incidencia en la fijación de los hechos, en las alegaciones, en el interrogatorio, en la actitud de ausencia, en la omisión de la información requerida y debida; en el silencio del demandado determinante de la fundamentación fáctica de la pretensión, en el silencio del demandante determinante del alcance de la pretensión, en los procesos de técnica monitoria.

Pero estas manifestaciones de la eficacia activa del silencio no pertenecen a la estructura sustancial y orgánica del proceso en general, según la noción propuesta al principio, sino al desarrollo concreto de algunos procesos en particular. Aún, el nuevo académico atisba, como hemos dicho antes, otros géneros de silencio registrados en el proceso: *«el silencio debido y quebrado, es decir, el que no se produjo cuando debió guardarse, y el silencio indebido, el que en modo alguno debió guardarse»*. ¿Podríamos decir que todos estos son silencios funcionales que subviene una necesidad de integración respecto de determinado acto?

Desde otra perspectiva, también el silencio tiene un sentido de eficacia activa, potenciadora del propio proceso, cuya consecuencia jurídica, aunque no está regulada expresamente en los preceptos de la ley, junto con la palabra, pertenece a la propia estructura del proceso, puesto que lo articula y construye; y lo mantiene subsistente en su *progreso*. Este no es un silencio querido o descuidado, sino impuesto y (*velis nolis*) exigido.

Afirma Pitágoras de Samos (ca. 567 a C.), citado por el poeta latino Marco Terencio Varrón (116-27 a. J.C.; *Sobre la lengua latina*, lib. VI, 11), que «los principios de todas las cosas se presentan de dos en dos, como finito e infinito, bueno y malo, vida y muerte, día y noche...» En el proceso encontramos estos dos principios pareados: la palabra y el silencio. El nuevo académico lo expresa en feliz aforismo así: *«El proceso es un territorio atravesado por la palabra» (...)* *«es también un territorio salpicado por el silencio»*.



Este silencio, que sigue a la palabra pronunciada efectivamente, o que la antecede, se define como elemento de la configuración estructural del proceso; se halla en todos los procesos en los que hay dos partes. El silencio es símbolo de lo venidero; permite la sucesión de sonidos (palabras) oídos distinguidamente; convierte la algarabía en diálogo: permite el progreso de las diversas fases del proceso. Este es el silencio que necesariamente debe guardar (*praestolari cum silentio*) quien ya ha hablado para que la otra parte procesal pueda pronunciar su alegato (palabra) o realizar su acto avanzando el trámite. Pero esto no muestra una conclusión ingeniosamente traída, a la fuerza, a nuestra especulación. Ni tampoco connota querer construir una teoría sobre amables coincidencias y retóricos argumentos desprovistos de fundamento.

La palabra y el silencio se presentan como un par orgánico del proceso contradictorio. Revela innegable interés para nuestra reflexión, la consideración propuesta por la romanística alemana sobre el significado del fonema *actio* en las primitivas fuentes jurídicas del proceso civil romano (Gayo, *Instituciones*). Se ha determinado como posible significado etimológico de la palabra *agere* no solo actuar, como hemos visto y dejado dicho provisionalmente, sino hablar, puesto que en latín habrían existido dos antiguos verbos con la raíz *ag* que se diferenciaban parcialmente en la conjugación: *agere*: hablar; y *agere*: actuar (Manthe (*Agere und aio: Sprechakttheorie und Legislaktionen, Iurisprudencia universalis*, Böhlau, 2002, p. 438 ss).

*Agere* de *ago* es expresar con palabras o gestos. En la literatura latina se hallan algunas expresiones que contienen el término: *agere* en el sentido de hablar y no en el de actuar: *sic ageres*: así hablarías (Cicerón, *De claris oratoribus*, 278:); *gratias agere*, es dar las gracias (Cicerón, *Filípicas*, Segunda, 13, 25; Novena, 1; Décima, 1; *Lelius de amicitia*, 98); y *versus agere*, es tratar con (Cicerón, *Lelius de amicitia*, 96); *mecum agere*, es tratar conmigo (*Lelius*, 4); *cum tecum agere*, es tratar contigo (*Lelius*, 16); *coepi secus agere*, es habiendo comenzado a tratar la cuestión (Cicerón, *De natura deorum*, lib. II, cap. 9); asimismo en otros lugares, *laudes agere, tragoediam agere, augurium agere*.

En el lenguaje jurídico: *agere causam*, es defender una causa (Cicerón, *Filípicas*, Octava, 22); *pro aliquo agere*, hablar en defensa de alguno (Cicerón, *Filípicas*, Duodécima, 4); *argumentis agere*, defender con pruebas; *agere ut iure damnatus*, justificar la condena (Cicerón, *Filípicas*, Decimotercera, 25); *lege agere*, entablar un proceso en toda regla: «afirmar por medio de una fórmula oral»; *causas agere desisterem*: apartarse de las causas (Cicerón, *De claris oratoribus*, 314).

*Actio* significó, en el antiguo proceso romano, actuación verbal *in iure* para instaurar el *iudicium (legitimum)*; *legis actio*, por tanto, no sería acción (actuación) legal, sino palabra legal: pronunciamiento de la fórmula oral legítima, prevista por la ley (Fuenteseca Degeneffe). *Lege agere* era actuar por medio de una *lex*, esto es mediante el pronunciamiento de los *certa verba*: según determinadas palabras o ritos solemnes. (Fernández Barreiro y Paricio).

El proceso civil, como dice el nuevo académico —«solo la palabra desencadena su puesta en marcha»—, se inicia mediante el pronunciamiento de la palabra: «el juicio principiará por demanda, en la que, (...) se “expondrán” (...) los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida» (art. 399.1 LEC). Sin palabra voluntariamente expresada por el actor, de forma explícita y concreta, no se incoa el proceso: *invitus agere vel accusare nemo cogitur* (Código, 3,7,1; v. Ulpiano. D. 50.17.156 pr): nadie es obligado contra su voluntad a demandar o acusar: «a proponer su acción» (STS 1ª, nº 195/1984, de 28 de marzo). Hasta ese

momento de la pronunciación de la palabra no existe el proceso. Solo el que ejercita una acción, mediante la demanda, (en la que «dice» algo) pone en marcha el proceso. En el proceso civil moderno puede decirse que sin acción no hay proceso: *nullo iudex sine actore*. De igual manera ocurre en el proceso penal respecto del cual la jurisprudencia sostiene que es necesaria una acusación distinta de la del juez no solo para imponer una condena, sino también para abrir el juicio oral (SSTS 18 febrero de 2003 y 24 de junio de 2003). Pero este último no es un asunto del que debamos ocuparnos ahora.

Cuando la palabra, oral o escrita, formulada en la demanda, ejercitando la acción, introduce en el mundo jurídico la concreta y determinada realidad de cada proceso, se define un área que configura el ámbito de la actuación humana con efectos jurídicos para quienes están interesados directamente y relacionados con esa actividad. Son los límites y el cauce de la actuación determinados por la forma que es algo más que el trámite, aunque aquella incluye a este. La forma no es un juego, sino un guardián de la libertad (VON IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo*).

La ley ordinaria, además, atribuye poderes al juez para mantener y hacer respetar el equilibrio resultante del par palabra-silencio, que garantiza la posibilidad de subsistir y progresar el proceso. La ley de Enjuiciamiento Civil establece los espacios y los momentos en que las partes tienen que oírse, guardando respectivamente silencio una, mientras habla otra. Señala objetivamente espacios, determinando que el trámite se despachará: con audiencia de los contendientes (arts. 38.1, 60.1 y 2; 134.2), ordenando dar subjetivamente audiencia a las partes para formular alegaciones (arts. 83.1 y 4, 298.4, 540.3, 552.1.II). También dispone la supresión de ese espacio, cuando, por no ser necesario o conveniente, para dictar una resolución, no procede oír a alguno de los contendientes: (arts. 298.5, 733.2, 778 *quinquies*.8.).

Ciertamente esta regulación de la audiencia está encaminada a que sea el juez el que oiga a las partes (arts. 22, 48, 137, 138, 147, 255, 419, 423, 426, 427), con el fin de que pueda dictar una sentencia justa, pero también tiene que ver con la audiencia de los litigantes entre sí. Para ello, el juez (o LAJ) dirige el debate (art. 186.I), establece y concede el turno de la palabra (art. 447.1), garantiza que entre los litigantes no se vulnere el silencio exigido respectivamente atravesándose por uno la palabra del otro, (art. 306.2); puede incluso llegar a ordenar el silencio a quien abusa de la palabra, retirándole su uso (art. 186.2º). Se ordena el avance y progreso del proceso.

## § 5

Las anteriores consideraciones manifiestan que las ideas expuestas responden a un aspecto concreto de la realidad: la garantía del ritmo y avance del proceso. Pero, por otra parte, conocida la regla que disciplina la cadencia determinante y cuantificadora del curso procesal por la acción alternante de sus elementos dinámicos: palabra y silencio, conviene ponderar, de nuevo ahora, con otro designio la realidad del proceso para poder escrutar cómo el silencio, perteneciendo a su propia estructura, es garantía de la presencia de las dos partes en aquel. El silencio es una condición de la alteridad.

Esta última frase no representa una mera locución enfática, sino que es también expresión de la economía universal de la raíz determinante del propio ser del proceso. Muchas definiciones sobre la naturaleza del proceso han nutrido tradicionalmente, en otro tiempo, las memorias de las oposiciones a cátedra de Derecho Procesal para

explicar la determinación de la naturaleza del proceso que es, como hemos expresado al principio, tanto como decir en qué consiste el proceso.

Una sucesiva formulación doctrinal, añadida posteriormente, sobre la naturaleza jurídica del proceso ha tratado de mejorar, mediante cada definición, la anterior explicación del fenómeno (efecto) jurídico que se experimenta en él. El intento se parece al de poner la estructura del proceso en el centro de un equívoco círculo en cuya periferia se ofrece el molde de diversas realidades jurídicas bien definidas por la doctrina para compararlas con ellas: contrato, cuasi contrato, relación jurídica, situación jurídica, institución jurídica, para alcanzar la mejor explicación, llegándose a la conclusión de que su naturaleza solo se puede «captar», formulando un concepto (*cum-capio*) propio y autónomo, al margen de otros propuestos doctrinalmente para determinar y explicar otras realidades y experiencias jurídicas del derecho privado o, incluso, del derecho público. No es nuestro propósito involucrarnos en un discernimiento sobre cuál de las teorías, escuetamente enunciadas, explica mejor la naturaleza del proceso. Aquí hallamos alguna dificultad. Las naturalezas no son explicables siempre; las naturalezas, primordialmente, son. Hay materialidades que se describen mejor que se definen.

Por eso, a los efectos de esta reflexión, ninguna de esas definiciones conceptuales apuntadas sobre el proceso es más adecuada que una meramente descriptiva y resultante de mirar el exterior del proceso, quizá ingenuamente, pero no sin compromiso, que, desde mis tiempos de estudiante me atrajo por la simplicidad (no simpleza) elocuente de lo genuino. Bulgaro (*Summa de iudiciis*, § 9) propone la definición del proceso diciendo: «*Judicium accipitur actus ad minus trium personarum, actoris intendentis [intentionis], rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis*».

Simplificadamente, proceso es: *actus...trium personarum*. Habla de personas; en el proceso existen personas. Pero hay algo más en esta enunciación. El grupo semántico preposicional formado por: «*acto de tres personas*», denota una noción que afecta a alguien, una significación de agente, en la que el sustantivo *actus* no solo es determinado eventualmente por el *trium personarum* como genitivo subjetivo: pertenencia (el acto pertenece a tres personas), sino como genitivo epexeagógico, señalando la existencia de relaciones *de* las tres personas *entre sí*: funcionamiento (el acto es generado y desarrollado por —es cosa, asunto de— tres personas). El fenómeno jurídico proceso (*actus*) se desarrolla por medio de la actuación de las tres personas que en él intervienen.

Y, según parece, esta definición sirve al objeto de abrir la puerta para establecer una relación intensa entre la palabra y el silencio en el proceso. Porque, seguidamente el glosador describe (no define conceptos) qué hace cada uno de los sujetos, ahí enunciados, dentro del proceso. Muestra a los interesados; y señala cuáles son sus intereses. Estas circunstancias nos entregan limpias las claves de su necesaria participación en el proceso.

Por un lado, encontramos configurada la posición del actor y su iniciativa expresada por la palabra que pronuncia (*dicens*): *Actor est, qui persequitur aliquid principaliter, dicens rem suam, vel personam sibi obligatam ad aliquid dandum vel faciendum* (§ 4). Por otro lado, hallamos determinada la actividad del demandado también expresada por medio de la palabra que pronuncie (*dicatur*): *Reus est is, adversus quem intenditur, quia possidere vel debere dicatur* (§ 4). A las dos partes se les representa bajo la imagen de quien usa la palabra (*dicens, dicatur*); ambas tienen (deben tener) la oportunidad de decir lo que a su derecho e interés conviene. Esto justifica su relación.

Sin embargo, entre ambas representaciones hay una diferencia fundamental, respectiva al tiempo en que se produce cada una de estas acciones. *Actor est qui (...) dicens. Reus est is (...) quia dicatur*. Si prestamos atención a los dos modos en que se escribe el verbo *dico*: participio de presente y presente de subjuntivo, respectivamente, alcanzamos el sentido distinto de los enunciados descriptivos de la glosa examinada. Primeramente, *dicens* (el que dice, dicente) designa una situación actual. El actor «dice» actualmente, al formular la demanda: *rem suam, vel personam sibi obligatam ad aliquid dandum vel faciendum*. Así se afirma su presencia en el proceso.

La fórmula pormenorizada —en modo subjuntivo— de la actividad del demandado: *dicatur*, no expresa una situación presente sino venidera: «diga», que aún no se ha producido, pero que será posible (*rectius!*: necesaria) por el silencio impuesto al actor. Para el demandado, al conocer la existencia de la demanda formulada contra él, la garantía del momento actual es aquello que se anuncia y asegura como venidero. El demandado podrá intervenir (normativamente) al contestar a la demanda, una vez que el actor ya ha dicho su palabra (art.404 LEC).

En el proceso se abre un diálogo entre las partes y de estas con el juez. En el silencio del juez reside el fundamento del diálogo de las partes; consecuentemente, su imparcialidad. Y tal diálogo entre las partes se articula, como hemos indicado anteriormente, por medio de la palabra y el silencio. Se ha dicho que en el aire viven la música y el silencio; y no pueden existir sin unirse una y el otro. En el diálogo es lo mismo. El primer requisito del diálogo entre dos personas es el silencio. Sin silencio no es posible dialogar. Lo otro es, como hemos dicho anteriormente, algarabía, bullicio, confusión y desorden: en el proceso, vulneración de la forma.

En un aspecto primordial, podemos apreciar, además, que la palabra (oral o escrita) y el silencio son en el proceso, en cuanto constitutivos de la forma, un requisito, que, como hemos dicho en otra ocasión, es necesaria tanto para el ejercicio de la función jurisdiccional como para la seguridad y la garantía de los derechos de los litigantes. Aquí la forma garantiza la presencia efectiva (no solo física) de los litigantes.

Es aceptado por los romanistas que el primer procedimiento nacido propiamente *ex lege publica* (procesal) sería *la legis actio per conductionem*, introducida por dos leyes: *Silia* y *Calpurnia*. *Condictio* de *condicere*, para Lévi-Bruhl está compuesto por *dicere* y el prefijo *cum* (hablar con) que se refería sin duda en la época arcaica a un intercambio de palabras. A este autor le parece posible que la «condición» se hubiese realizado por medio de un diálogo entre los litigantes.

Decir *condicere* (*condico*: concertarse con) es querer decir: concertar mutuamente una cita; fijar de común acuerdo una fecha (*condictus die*) para hablar. ¿Sobre qué? En la *condictio* el actor propone directamente al adversario la invitación de encontrarse al trigésimo día ante el tribunal para elegir juez, facilitándose quizá el arreglo de la controversia mediante el cumplimiento, la remisión o la transacción (Kaser/Hackl (*Das römische Zivilprozessrecht*, p. 112). Y, si el negocio procesal quedara inacabado en esta cita, la voluntad de mantenerla viva queda reforzada con juramento: *Qui autem in ius vocatus fuerat... non eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat para volver a comparecer tal día* (Gayo, *Institutiones*, lib. IV, tit. XI, § 103).

La *in jus vocatio*, contempla al actor (*in jus vocat actor, et non reus*): *in jus vocare*, y también al demandado: *ad jus vocare*, con esta bilateral finalidad: *possit jus dicere inter vocantem et vocatum* (Damaso. *De in jus vocando*, Tit. 11).

Por eso, es del todo preciso que, en el proceso, se dé al demandado (*is*) la oportunidad de hablar: *quia dicatur* (para que diga). Conviniendo que al demandante (*dicens*), ya, en tiempo presente, le escucha el juez, es necesario que seguidamente (*et*) «también» oiga al demandado: *audiatur «et» altera pars*: óigase [hablar] también a la otra parte. El *Digesto* (48,17,1) recoge la sentencia de Marciano explicando el motivo que se aloja en el fundamento de este imperioso enunciado normativo: *neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur*. La, más que conveniente, necesaria oportunidad de oír a las partes es una razón técnica, pero también ética: pues la «razón de equidad» no tolera una condena contra quien no ha sido oído. *Cuique defensio tribuenda*: a todos se les debe dar el derecho a defenderse (Tácito. *Anales*, 13, 20).

Para poder cumplir este mandato adecuadamente es preciso que a la palabra del demandante siga el silencio de este para que pueda hablar el demandado. Solo así se puede oír efectivamente al demandado; el silencio es garantía del reconocimiento de su presencia. Y, una vez terminada la locución del demandado, este debe proceder como se ha impuesto al actor, porque al formular la *exceptio* se comporta como actor: *reus excipiendo fit actor* (Ulpiano, *Dig.* 44,1,1). «El anuncio al que sigue el silencio antes de dar cuenta de lo anunciado acrecienta la expectativa, reclama la atención, potencia la escucha», afirma el recipiendario. El silencio, concluye diciendo: «*capta y mantiene la atención de quien lo escucha, alumbra intensamente la palabra a la que acompaña*».

Ahora bien, nuestra reflexión no pretende introducir en este discurso un apunte liviano y pretendidamente erudito (de ninguna manera, estudio profundo, siquiera) de arqueología jurídica; ni tampoco, en un insoportable ejercicio de anacronía, introducir una suerte de «presentismo» histórico entretejiendo el pasado con paradigmas actuales (Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962), porque no pretendemos abordar un análisis de las representaciones jurídico-históricas romanas, desviado en sus resultados por adoptar en su examen las perspectivas políticas y jurídicas abiertas en el constitucionalismo desde el siglo XIX o en las modernas declaraciones de los derechos humanos, en las leyes orgánicas o procesales ordinarias establecidas desde la codificación o en la normativa comunitaria. Tampoco buscamos ofrecer una recopilación rebuscada de piezas normativas que contienen alguna expresión referida a la palabra y, explícita o implícitamente, al silencio, ensartando listas de preceptos «descubiertos» en una lectura exhaustiva de la ley de Enjuiciamiento Civil.

El propósito que anima esta consideración es distinto. Mira a poner de relieve el fundamento del sentido adversarial del proceso mediante la palabra y el silencio. En todo proceso contienden dos intereses contrapuestos (Wach): hay un contradictorio. Si las tensiones internas del proceso garantizan su unidad, también los contrastes —no siempre, por necesidad, las contradicciones— de las posiciones de los contendientes, expuestas ordenadamente, cohesionan su naturaleza. La oferta del diálogo procesal (palabra y silencio) es la garantía de la participación y defensa de ambas partes. Veamos esto con cierto detenimiento.

«El juicio principiará por demanda» (art. 399 LEC). La preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos (art. 400 LEC) impone al demandante el silencio. Una excepción, a este tiempo del silencio tasado, se establece al permitirle que, después de formulada la demanda, pueda acumular nuevas acciones «antes de la contestación» (art. 401.2 LEC).



«En la contestación a la demanda (...), de igual manera, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor (...)» o su allanamiento (art. 405.1 LEC). Esta actuación permite integrar el objeto del debate suministrando todas las «razones parciales», de ambos contendientes, dirigidas a quien ha de juzgar. Al actor: «No se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda» (art. 401.1 LEC). El demandado: después de su contestación no «podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen» (art. 406.1 LEC).

Ni siquiera la oportunidad, ofrecida en la audiencia previa, de efectuar alegaciones complementarias, aclarar las hechas o rectificar extremos secundarios de sus pretensiones iniciales, quiebra el equilibrio de la correspondencia entre palabra y silencio observados en los trámites anteriores, porque unas u otras no podrán «alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de estas expuestos en sus escritos» (art. 426.1 y 2 LEC). Solo se podrá añadir alguna pretensión accesoria o complementaria de las formuladas en los respectivos escritos «si la parte contraria se muestra conforme» sin impedir «a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad» (art. 426.3 LEC). No se admite una palabra nueva (*novum*) que no vaya seguida del silencio para que la parte adversa pueda hablar sobre aquella, siendo también oída. Al cabo, se postula la imposibilidad de realizar actos procesales fuera del tiempo legalmente determinado para cada parte.

El diálogo procesal entre las partes es una ilustración paradigmática y visible del fundamento del proceso civil moderno. Principalmente la palabra y el silencio, distribuidos como poderes y deberes procesales de las partes, organizan el perfecto equilibrio de ambas dentro del proceso (Carnelutti, *Diritto e processo*). El silencio alienta, a lo largo de todo el proceso, la presencia y existencia de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de las partes que se oponen entre sí.

Situadas en una relación de recíproca y simétrica paridad, las dos partes están en condiciones de igualdad para participar con las mismas armas y tener las mismas oportunidades en la colaboración parcial con el juez imparcial para que este forme su juicio pleno y acabado sobre la controversia. Igualdad (art. 14 CE) y proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): proceso justo. Tutela del contradictorio.

Esta situación de correspondencia, entre la palabra y el silencio, propia del diálogo, sin disyunción excluyente de uno de estos dos elementos, se define en el proceso aforísticamente como expresión condensada del principio de audiencia: *audiatur et altera pars*, con carácter de orden preceptiva, para que se cumpla.

Pero para que pueda oírse a alguien es necesario algo más que escucharle. *Audiatur*, preconiza algo más que la práctica de un acto auditivo o intelectual. Significa la imposición y exigencia de un compromiso y un deber de tener presente, de forma efectiva, al otro litigante: garantizar el contraste, la colaboración, el equilibrio; reconocer a la otra parte como titular de sus derechos fundamentales, expresión de su dignidad como persona y dejárselos ejercer en el proceso. En definitiva, «poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos» (SSTC 19/2004, de 23 de febrero; 128/2005, de 23 de mayo; 111/2006, de 5 de abril; y 84/2008, de 21 de julio).

Esta presencia efectiva debe ser protegida para que pueda garantizarse en el proceso precisamente desde su mismo inicio, correspondiendo «también al órgano judicial la salvaguarda de la garantía de la comunicación personal en el emplazamiento» debiendo «desplegar un específico deber de vigilancia, el cual reviste mayor intensidad cuando (...) “el fin del acto de comunicación sea justamente poner en

conocimiento de su destinatario que contra él se han iniciado ciertas actuaciones judiciales”» (STC 113/2001, de 7 de mayo; STC 126/2006, de 24 de abril y STC 158/2008, de 24 de noviembre).

«El derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 C.E. comporta que en todo proceso deba respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos» (STC 175/1994, de 7 de junio).

§ 6

Lejos de significar la palabra y el silencio dos cosas incompatibles, ambas se implican, formando el contraste. Palabra y silencio son dos elementos que se excluyen uno al otro y permanecen, sin embargo, vinculados mutuamente en el proceso, incluyéndose. En este contraste, la palabra excluye al silencio y este excluye a aquella, pero ambos se incluyen en una relación funcional, orgánica y estructural que configura la subsistencia y desarrollo contradictorio del proceso con una misma finalidad: discernir razones, pruebas y conclusiones; al cabo, para ser instrumento idóneo de la justicia jurídica.

*Omnia tempus habent et momentum suum cuique negotio: (...) tempus tacendi et tempus loquendi* (Qo 3, 1 y 7). Palabra y silencio, advertidos y configurados en el proceso, tienen su momento propio para desplegar su eficacia: en el proceso hay un tiempo para hablar y un tiempo para callar. La tipología de los silencios procesales de las partes es amplia y variada con manifestaciones y consecuencias jurídicas diversas.

Esta idea de la utilidad y vigor eficaz del silencio de las partes en el proceso podríamos verla expresada simbólica y artísticamente en estos versos de Virgilio en la *Eneida* (lib. III, 112-113): *Hinc [vallibus imis] fida silentia sacris / et iuncti currum dominae subiere leones* («...de allí [lo profundo de los valles] los fieles silencios de los misterios y los leones vinieron uncidos al carro de su dueña» [Cibeles]). Los silencios uncidos también forman parte del tiro vigoroso del carro de Cibeles haciéndolo avanzar. Bella imagen bien conocida en la iconografía de la mitología grecolatina. También por el silencio de las partes se hace posible la natural subsistencia contradictoria y el avance (*gradior*) del proceso: *Dum medium silentium fieret*.

Así también se ha entretejido esta contestación, incoada, al leer el discurso del beneficiario, en un silencio reflexivo antecedente; y propuesta ahora como palabra dirigida a él, en nombre de los demás académicos de esta corporación, mientras él permanece en silencio, y así poder iniciar un diálogo que, como en el proceso civil, también da vigor a la subsistencia de esta Real Academia, deseando que la suya sea una larga, continuada y fructífera labor.







EL JUSTICIA DE ARAGÓN